Grenzen der Vertragsfreiheit im Verkehr zwischen Bank und Kunden.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Willy Schwedes
Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1933

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 4. Mai 1933.

Berichterstatter: Herr Professor Dr. Erich Jung.

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juni 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meiner lieben Mutter
und meinem lieben Vater in Dankbarkeit gewidmet.

Schrifttum.

1. Kommentare.

Brand, Arthur: Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert von A. Düringer, M. Hachenburg, 2. Auflage 1913 und 3. Auflage.

Goldmann, Samuel: Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897, Berlin 1906.

Lessing, Hans: Scheckgesetz, 1. Auflage 1908 und 2. Auflage 1926. München und Berlin.

Michaelis, Richard: Scheckgesetz (Band II. des Gewerbe- und Industrie-Kommentars) Berlin und Leipzig 1927.

Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 5. Auflage 1929.

Nußbaum, Arthur: Kommentar zum Börsengesetz für das Deutsche Reich, München 1910.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 4. Auflage, Berlin 1913.

Rehm: Kommentar zum Börsengesetz, bearbeitet von Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen, Breit, mit einem Vorwort von Riesser, Berlin 1909.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Riesser Kommentar zum Bankdepotgesetz, 1897.

Staudingers J. von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1925/1929.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch bearbeitet von Koenige, Pinner, Bondi, 12. und 13. Auflage, 1926.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, erläutert von Friedrich Stein und Martin Jonas, 14. Auflage, Tübingen 1928.

2. Lehrbücher.

Brinkmann: Lehrbuch des Handelsrechts 1853—1860.

Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp und Martin Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 11. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Marburg 1930.

v. Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin 1929.

Heise: Handelsrecht, 1858.

Hiersemenzel: Zur Lehre vom kaufmännischen Commissionsgeschäft, Leipzig 1859.

Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1912.

Leonhard: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900.

Leske, Franz: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, Berlin 1900.

Maurenbrecher: Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, 1855, Band 2.

Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1927.

Stammler, Rudolf: Das Gesamte Deutsche Recht, Berlin 1931.
Erich Jung, Bürgerliches Recht,
Eugen Locher, Handels-, Wechsel- und Seerecht.

3. Abhandlungen.

Apt, Max: Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, Berlin 1914.
Brändl, Franz: Internationales Börsenprivatrecht, Marburg, 1925.
Bernstein, Otto: Vom Recht der amtlich nicht notierten Werte in der Festgabe zum 60. Geburtstag des Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Riesser, Berlin 1913.
Breit, James: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach dem neuen deutschen Handelsgesetzbuch im Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Ergänzungsband 1902.
„ Scheckrecht in „Die Handelsgesetze des Erdballs" Berlin.
Brock, Walther: Das negative Vertragsinteresse, Berlin 1902.
Brunswig, Peter: Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1902.
Egger, A.: Die Rechtsgeschäfte urteilsunfähiger Personen. In der Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915.
Eltzbacher, Paul: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, 1. Band, Berlin 1903.
Jung, Erich: Delikt und Schadensverursachung, Heidelberg, 1897.
Loehr, Joseph: Das Deutsche Bankwesen, München 1921.
Leonhard, Franz: Die Beweislast, 2. Auflage, Berlin 1926.
Neustätter, Alfred: Die Kontokorrent-Bedingungen der Banken, Stuttgart 1921.
Nußbaum, Arthur: Tatsachen und Begriffe im Deutschen Kommissionsrecht, Berlin 1917.
„ Die Börsengeschäfte, im Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Victor Ehrenberg, Band 4 Abt. II. 1918.
Obst, Georg: Geld-, Bank- und Börsenwesen, Stuttgart 1922.
„ Das Bankgeschäft, 1930. Stuttgart.
Pappenheim, Max: in Festschrift für Georg Cohn zu seinem 70. Geburtstage, Zürich 1915.
Scheller, Georg: Der Handel in amtlich nicht notierten Werten, Berlin 1924.
Schmidt-Rimpler, Walter: Geschichte des Kommissionsgeschäfts in Deutschland, Halle/Saale, 1915.
Senckpiehl, Richard: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wiesbad. 1922.
Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel, 1839.
Weidmann, A.: Das Kommissionsgeschäft, Systematische Darstellung der Bank- und Warenkommission, Hannover, 1908.
Wermert, Georg: Über den Selbsteintritt im Kommissionsgeschäfte und seinen Einfluß auf die Kurszettelwahrheit der Börse in den „Annalen des Deutschen Reichs" 1908.
Unger: Handeln auf fremde Gefahr.
Zadig, Georg: Praktischer Leitfaden des Börsenrechts. 1905.

4. Inaugural-Dissertationen.

Boll, Wilhelm: Falsche und verfälschte Schecks, Gießen, 1922.
Ehrlich, Ernst: Der Kommissionär in seinen Beziehungen z. Dritten. 1926.
Jaeger, Julius: Die Rechtsfolgen der Fälschung und Verfälschung von Schecks. Greifswald 1927.
Krakenberger, Hans: Falsche Schecks, Heidelberg, 1923.
Krämer, Adolf: Die Geschäftsbedingungen der Banken, 1923.

Loofs, Hermann: Falsche Schecks, Leipzig, 1921.
Mentz, Hugo: Die Rechtsverhältnisse bei falschen Schecks, Freiburg 1924.
Messinesis, Herbert: Die Gefahr der Scheckfälschung, Erlangen, 1928.
Mönch, Gerhard: Der fehlende Schutz des Vertragsgegners bei Rechtsgeschäften mit unerkennbar Geisteskranken im deutschen bürgerlichen Recht unter Berücksichtigung fremder Rechte. Breslau 1927.
Schreiber, Alfred: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs im Kommissionsgeschäft, 1896.
Suhr, Willy: Die Eigenhandelsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Großbanken, 1923.
Thormann, David: Grenzen bei der Festsetzung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, Rostock, 1929.
Wandelt, Hans: Die rechtliche Natur des Kommissionsgeschäfts, 1897.

5. Entscheidungen und Zeitschriften.

Annalen des königlich sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden.
Bank, Monatsheft für Finanz- und Bankwesen.
Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten nebst Motiven, 1857.
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer und Stempelfragen, herausgegeben von Holdheim.
Jahresbericht der Frankfurter Handelskammer 1896—97.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, herausgegeben von Düringer, Jaeger, Könige.
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. 9. Legislaturperiode 4. Session, 1895—97.
J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von Schütt.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt, herausgegeben von v. Gierke, Wieland, Seligsohn.
Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub, Liebmann, herausgegeben von Otto Liebmann.
J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.
Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Stuttgart.

Abkürzungen.

Arch. Ziv. = Archiv für die Civilistische Praxis, herausgegeben von Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry, Freiburg und Tübingen.
ADHGB. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
AGB. = Allgemeine Geschäftsbedingungen.
CVU. = Central-Verbands-Usancen.
DürH. = Kommentar von Düringer Hachenburg.
Ehrenb. Handb. = Handbuch des gesamten Handelsr., herausgegeben von Victor Ehrenberg.
Sächs. Ann. = Annalen des königl. sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für Bürgerl. Recht und Prozeß.
Staub = Staub's Kommentar.
Seuff. Arch. = J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
ZVergl. R. = Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

Gliederung.

A. Geschäftsbedingungen als Grundlage der Vertragsbeziehungen zwischen Bank und Kunden; Zweck, Bedeutung und Erfordernisse derselben.

B. Grenzen der Vertragsfreiheit im Verkehr zwischen Bank und Kunden.

I. Grenzen der Vertragsfreiheit im allgemeinen.

II. Untersuchung des Vertragsinhalts auf seinen Widerstreit mit dem Gesetz

1. bei der Selbsteintrittsklausel.
   a) Entstehung und Entwicklung der Kommission und des Selbsteintritts,
   b) Bedeutung und Wirksamkeit der Selbsteintrittsklausel,
      aa) rechtliche Konstruktion des Selbsteintritts,
      bb) Voraussetzungen des Selbsteintritts,
      cc) Zulässigkeit einer die ausdrückliche Selbsteintrittserklärung erübrigenden Vereinbarung unter den gegebenen Voraussetzungen.
2. bei der Eigenhändlerklausel.
   a) Entstehung und Entwicklung des Handels in nicht notierten Wertpapieren,
   b) Inhalt der Eigenhändlerklausel, ihre Bedeutung und Unwirksamkeit,
      aa) beim Vorliegen einer Kaufofferte des Kunden,
      bb) beim Vorliegen einer Kommissionsofferte des Kunden,
      cc) beim Vorliegen einer Offerte des Kunden, die sowohl eine Kauf- als auch eine Kommissionsofferte sein kann.
3. bei der Klausel betreffend die Schadensregelung aus der Einlösung falscher Schecks seitens der Bank.
   a) Bedeutung, rechtliche Natur und Inhalt des Scheckvertrages,
   b) die verschiedenen Arten falscher Schecks,
   c) Inhalt der Scheckklausel, ihre Bedeutung und Begründung ihrer Unwirksamkeit,
      aa) hinsichtlich der Regelung bezüglich der Gefahrtragung,
      bb) hinsichtlich der Regelung bezüglich der Haftung.

4. bei der Klausel betreffend die Schadensregelung im Verkehr mit Geisteskranken.
   a) Die gesetzliche Regelung hinsichtlich der mit Geisteskranken und Minderjährigen abgeschlossenen Geschäfte,
   b) Inhalt und rechtliche Natur der Klausel; Begründung ihrer Unwirksamkeit,
      aa) die Klausel als selbständiger Vertrag,
      bb) die Klausel als Vertragsbestandteil.
   c) Der Anspruch der Bank auf Ersatz des negativen Interesses.

C. Schlußbetrachtung.

Unternehmungen, die täglich in großer Zahl Geschäfte gleicher Art abschließen, — sei es, daß das einzelne Geschäft eine Arbeitsleistung zum Gegenstand hat, die nicht einzeln, sondern nur mit anderen in Mengen zusammengefaßt ausgeführt werden kann, oder daß durch die einzelnen Geschäfte typische Geschäftsbesorgungen oder Werklieferungen übernommen werden —, müssen danach streben, daß alle Geschäfte eine gleiche Abwicklung erfahren, daß sie insbesondere unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen getätigt werden. Dieses ist unbedingt notwendig; einmal, um eine unterschiedliche Behandlung der Kundschaft mit ihren unter Umständen recht nachteiligen Folgen zu vermeiden, und zum anderen kann auch nur auf diese Weise ein schnellster und alle Kunden zufriedenstellender Vollzug sämtlicher Geschäfte gewährleistet werden.

Um das gesteckte Ziel zu erreichen, stellen derartige Unternehmungen — das sind neben Transportbetrieben und Versicherungsgesellschaften vornehmlich Banken — sogenannte Geschäftsbedingungen, meist als „Allgemeine Geschäftsbedingungen" bezeichnet, auf und bringen dadurch zum Ausdruck, daß sie generell nur unter deren Zugrundelegung zum Abschluß der verschiedenartigen Verträge bereit sind.

Durch Aufstellung solcher Geschäftsbedingungen und durch ihre Zugrundelegung bei den einzelnen abzuschließenden Verträgen soll der Geschäftsverkehr erleichtert werden, denn sie sollen es erübrigen, daß beim Abschluß eines jeden einzelnen Geschäftes Vereinbarungen allgemeiner Natur getroffen werden müssen[1]); nicht zuletzt müssen solche Unternehmungen darauf bedacht sein, den Inhalt aller Verträge so zu gestalten, daß tatsächlich der Massenverkehr leicht und reibungslos bewältigt werden kann. Das wird aber nur dann der Fall sein, wenn der Inhalt aller Verträge möglichst derselbe ist, und allgemeine Geschäftsbedingungen sind somit ein wichtiges Hilfsmittel zur Bewältigung des Massenverkehrs[2]).

Von besonderem Interesse sind die den Gegenstand dieser Abhandlung bildenden Geschäftsbedingungen der Banken, weil sich in der heutigen Zeit mit ihrem stark entwickelten Wirtschaftsleben der Verkehr zwischen den Banken und ihren Kunden recht lebhaft gestaltet, und weil ferner die Geschäfte, die die Banken zu tätigen pflegen, recht mannigfacher Art sind. Aus

[1]) so schon RG. 13/88; vgl. BankArch. 4/167.
[2]) vergl. Senckpiehl S. 11.

diesem letztgenannten Grunde sind die Geschäftsbedingungen der Banken recht umfangreich; sie umfassen zumeist etwa 20—30 verschiedene Klauseln, die jedoch nur rein äußerlich zusammengefaßt und rechtlich ohne jeglichen Zusammenhang sind[3]). Sie regeln in tatsächlicher Hinsicht die verschiedenartigsten Einzelgeschäfte, teils die gesamte Geschäftsverbindung. Ihr rechtlicher Inhalt betrifft teils das Gebiet des materiellen Rechts, teils das des Prozeßrechts.

Damit nun die Geschäftsbedingungen, deren Einführung sich für die Banken wegen des zu bewältigenden, noch stetig wachsenden Massenverkehrs als wirtschaftlich notwendig herausstellte, Wirksamkeit erlangen, ist es erforderlich, daß der Kunde sich denselben unterwirft. Sie gelten nur, wenn sie durch Willensübereinstimmung beider Vertragsschließenden zu Bestandteilen der Verträge gemacht werden, denn Geschäftsbedingungen sind keine Handelsbräuche — es könnten sich allerdings Handelssitten auf die Geschäftsbedingungen durch tatsächliche Übung aufbauen[4]). Der Kunde braucht sie aber weder ausdrücklich anzuerkennen,

es kann dies vielmehr wirksam auch stillschweigend erfolgen; eine solche stillschweigende Unterwerfung liegt aber schon vor, wenn der Vertragsgegner von dem Vorhandensein allgemeiner Geschäftsbedingungen weiß und ihrem Inhalt beim Vertragsschluß nicht ausdrücklich widerspricht[5]). Darüberhinaus ist aber als allgemein bekannt anzusehen, daß Banken nur unter AGB. ihre Verträge abzuschließen pflegen; wer mit einer Bank kontrahiert, unterwirft sich deren Bestimmungen auch wenn er nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird[6]). Die Bank muß allerdings, wie auch das Reichsgericht zutreffend ausführt[7]), dem Kunden Gelegenheit geben, vor Abschluß des Geschäftes ihre AGB. kennen zu lernen und im Prozesse beweisen, daß dies der Fall gewesen sei — ein Aushang der AGB. im Geschäftslokal genügt jedoch nicht, um den Kunden zur Kenntnis zu gelangen und die Annahme zu rechtfertigen, er habe sich denselben unterworfen[8]). Die Klauseln der Geschäftsbedingungen werden aber folgerichtig auch selbst dann Bestandteil der Verträge, wenn der Kunde von ihrem Vorhandensein erst nachträglich erfährt und alsdann nicht sofort Widerspruch dagegen erhebt[9]). —

[3]) vgl. die Ausführungen des RG. bei Holdh. 16/105.
[4]) vgl. J. v. Gierke. S. 18.
[5]) so auch Senckpiehl S. 17.
[6]) so auch Senckpiehl a.a.O.; vgl. auch die dort zit. Entsch. des KG.
[7]) vgl. RG. 122/75.
[8]) vgl. Senckpiehl S. 33.
[9]) so auch das KG. und RG., vgl. die Entsch. abgedruckt bei Senckpiehl Seite 21.

noch ist ein schriftliches Anerkenntnis derselben erforderlich[10]); es kommt vielmehr nur darauf an, ob nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, insbesondere dem Verständnis der Parteien eine Annahme der Bedingungen als gewollt anzusehen ist[11]).

Erkennt der Kunde die AGB. ausdrücklich an — etwa in der Weise, daß er durch Vollziehung seiner Unterschrift auf einem vorgedruckten Formular sich denselben unterwirft —, so schließt er dadurch in aller Regel nicht etwa einen besonderen Vertrag ab[12]), es liegt vielmehr nach wie vor nur eine einseitige Erklärung der Bank des Inhalts vor, daß das in den einzelnen Klauseln ihrer Geschäftsbedingungen Enthaltene als von ihr ausbedungen anzusehen sei, wovon der Kunde Kenntnis genommen habe[13]). Dieser Vollzug seiner Unterschrift ist somit nur dem äußeren Anschein nach eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Kunden, in Wahrheit ist sie jedoch nur eine Bescheinigung der erfolgten Kenntnisnahme von dem Bestehen und dem Inhalt der AGB., die vorerst keine Rechtswirkungen nach sich zieht[14]). Schließt der Kunde aber danach einen Vertrag ab, so werden die für das betreffende Geschäft in Frage kommenden Klauseln, die bis dahin nur rechtlich wirkungslose Formeln waren, Bestandteile desselben, sofern ihre Geltung im einzelnen Falle nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird[15]).

Bestandteil eines Vertrages können die einzelnen Klauseln jedoch nur dann werden, wenn sich ihr Inhalt innerhalb der vom Gesetzgeber der freien Parteivereinbarung bei Verträgen gezogenen Grenzen hält. Die Rechtsregeln des geltenden Privatrechts, das von dem Prinzip der Vertragsfreiheit beherrscht wird, sind jedoch zum größten Teile nicht zwingender sondern ergänzender Natur; sie regeln zumeist einen bestimmten Tatbestand nur beispielsweise und nur für den Fall, daß besondere Vereinbarungen nicht getroffen sind. Daher sind auch gegen die Einführung allgemeiner Geschäftsbedingungen mit ihren verschiedenen Klauseln, die vom Gesetz weder erleichtert noch behindert ist, grundsätzlich keine Bedenken zu erheben. Wird aber, wie Pappenheim treffend ausführt[16]), die Feststellung der Vertragsbedingungen nach dem überlegenen Willen des einen Teiles zur Regel, so wird durch ihre Abweichungen vom

[10]) so auch das RG. vgl. RG. 84/7 ff.
[11]) vgl. hierzu Staub zu § 346 Anm. 17.
[12]) vgl. auch RG. 58/155 und Neustätter Seite 71.
[13]) so auch Regelsberger im BankArch. 5/170.
[14]) vgl. auch Bernstein im BankArch. 4/168.
[15]) so auch Nußbaum Kom. S. 370; Staub § 346 Anm. 17; RG. in Bank Arch. 16/14.
[16]) vgl. Festschrift für Cohn Seite 293.

Gesetzesrechte nicht nur diesem die Herrschaft über die betreffenden Verträge entzogen, sondern es geschieht dies auch auf eine dem Sinne des Gesetzes durchaus widerstreitende Art; denn eine Gesetzesvorschrift, die einer abweichenden Vereinbarung nachgeben will, will nicht dem von der einen Partei der anderen aufgezwungenen Willen nachgeben. Daher besteht trotz ausdrücklicher oder stillschweigender Unterwerfung des Kunden unter Geschäftsbedingungen keine Bindung des Kunden an solche Bestimmungen, denen er sich nur unter dem Zwange wirtschaftlicher Notwendigkeit unterworfen hat, während er dies bei völliger Unabhängigkeit und bei freiem Willensentschluß nicht getan haben würde[17]). Solche Bestimmungen sind als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig; desgleichen sind alle Bestimmungen nichtig, die mit zwingenden Rechtsvorschriften im Widerspruch stehen oder gar gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen; derartige Klauseln können trotz ausdrücklicher Vereinbarung niemals Bestandteile von Verträgen werden.

Die Gerichte haben sich recht häufig mit der Frage zu befassen, ob einzelne Klauseln der Geschäftsbedingungen von Banken mit dem geltenden Rechte in Einklang gebracht werden können, oder ob ihnen die Rechtswirksamkeit zu versagen ist. Denn die Zahl der Geschäfte, die mit den Banken täglich abgeschlossen werden, ist unermeßlich groß; die Entwicklung der einzelnen Geschäftsarten der Banken, die sich den fortdauernd verändernden wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen müssen, ist zu keiner Zeit eine abgeschlossene; stetig ändert sich daher auch der Inhalt verschiedener Vertragstypen, und die Banken müssen, diesem Umstand Rechnung tragend, fortgesetzt ihre Bedingungen ändern. Allerdings berücksichtigen sie dabei die jeweils ergangenen neuesten Erkenntnisse oberster Gerichte und zwar teils, um ihre Rechtsstellung in künftigen Prozessen anderweit zu verbessern, oder aber sie suchen bestimmte Geschäfte rechtlich in ein anderes Gewand zu kleiden, um nachteilige Ergebnisse zu vermeiden. Immer aber verfolgen sie nur das eine Ziel, ihre Rechtsstellung so günstig als nur irgendmöglich zu gestalten und die Pflicht jedweder Haftung nicht nur nach Möglichkeit von sich abzuwälzen, sondern darüberhinaus alle etwa entstehenden Schäden den Kunden aufzubürden.

In der Verfolgung dieses Zieles überschreiten nun recht häufig die Banken die vom Gesetzgeber der freien Parteivereinbarung gezogenen Grenzen und kleiden ihren — überlegenen — Willen in das durchsichtige Gewand der freien Parteiabrede. Die Gerichte aber haben darüber zu wachen, daß nicht auf diese Weise durch den Willen des wirtschaftlich übermächtigen Vertrags-

[17]) so auch DürH. Seite 408 zu § 346; vgl. auch die dort zit. Entscheidungen.

gegners die Rechtsordnung tatsächlich außer Kraft gesetzt und der Wille des Gesetzgebers umgangen wird; wird gelegentlich in einem richterlichen Urteil eine vereinbarte Klausel aber für nichtig erklärt, so ist das keinesfalls als eine unzulässige Einschränkung der Vertragsfreiheit und damit als ein Verstoß gegen das Gesetz anzusehen; der Vertragsfreiheit, die selbst auf dem geltenden Recht beruht, sind von diesem die Grenzen gezogen, und sie müssen notfalls verengt werden, falls die Vertragsfreiheit mißbraucht wird, und damit die Gesamtinteressen der Rechtsordnung gefährdet werden[18]).

Die Prüfung der Frage, ob eine Klausel mit den geltenden Gesetzen in Einklang gebracht werden kann, bereitet häufig Schwierigkeiten, insbesondere aber dann, wenn Klauseln Materien regeln sollen, die vom Gesetzgeber nicht erschöpfend, scheinbar nicht zwingend oder scheinbar überhaupt nicht geregelt sind; gerade auf diesen Gebieten verlockt es aber die Banken, ihre Rechtsstellung zu Ungunsten ihrer Kunden zu verbessern, denn mit eindeutig gefaßten, zwingenden Gesetzesvorschriften im Widerspruch stehende Klauseln in den AGB. aufzunehmen, wäre sinnlos. So machen beispielsweise die Banken die Effektenkommission, die im Gesetz nicht erschöpfend geregelt ist, häufig zum Gegenstand ihrer Geschäftsbedingungen; desgleichen suchen sie in Ermangelung positiver gesetzlicher Vorschriften, die aus der Einlösung falscher und gefälschter Schecks und die aus den Willenserklärungen Geisteskranker ihnen möglicherweise entstehenden Schäden den betreffenden Kunden aufzubürden. Die dahingehenden verschiedenen Klauseln sollen daher auf ihre Rechtswirksamkeit untersucht, dabei soll geprüft werden, inwieweit auf diesen Gebieten der freien Parteivereinbarung Grenzen gezogen sind; soweit es tunlich erscheint, wird dabei die Entstehungsgeschichte der in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen und die der einzelnen Klauseln herangezogen.

In den AGB. fast aller Banken ist — mit geringen textlichen Abweichungen — die Klausel enthalten:

„Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren, für welche Börsenpreise amtlich festgestellt werden, führt die Bank, wenn nichts anderes vereinbart, als Kommissionärin durch Selbsteintritt aus, ohne daß es der im § 405 HGB. vorgesehenen ausdrücklichen Erklärung bei der Ausführung des einzelnen Auftrages bedarf[19])."

---

[18]) vgl. hierzu auch Pappenheim a.a.O.

[19]) vgl. die AGB. der Dresdner Bank (Nr. 10); der Commerz- und Privatbank (Nr. 3); der Dedi-Bank (Nr. 13) der Direktion der Landeskreditkasse in Kassel (Nr. 10) bei dieser fehlt der letzte Halbsatz, ohne daß es der im § 405 HGB. vorgesehenen ausdrücklichen Erklärung bei der Ausführung des einzelnen Auftrages bedarf.

Die Ausführung einer Kommission durch Selbsteintritt, als das „Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs“ bezeichnet, hat erstmalig im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch eine Regelung erfahren, jedoch spielte dieses Rechtsinstitut schon lange Zeit vorher als eine aus Italien stammende Handelsgewohnheit eine bedeutende Rolle im Handelsverkehr. Über die Zulässigkeit desselben wurde vor Inkrafttreten des ADHGB. ein heftiger Streit geführt, und es hat auch bis in die jüngste Zeit nicht an Stimmen gefehlt, die eine gänzliche Beseitigung der heute in den §§ 400 ff. HGB. geregelten Selbsteintrittsbefugnis fordern[20]).

Der Kommissionär, der gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen — des Kommittenten — kauft oder verkauft, hatte als bloße Hilfsperson des Kaufmannes die Aufgabe, diesem neue Märkte für seine abzusetzenden Waren zu erschließen oder auch Bezugsquellen für die von ihm benötigten Rohstoffe zu vermitteln. Außer dieser ihrer Tätigkeit betrieben die Kommissionäre aber auch zumeist einen regen Eigenhandel, und daher entsprang es einem praktischen Bedürfnis, den Kommissionär aus der von ihm bisher innegehabten bloßen Vermittlerstellung heraustreten zu lassen und ihm zu gestatten, gegebenenfalls die Ware, die er selbst auf dem Lager hatte und auf den Markt bringen wollte, bzw. die er selbst zu kaufen beabsichtigte, selbst zu liefern bzw. für seine eigenen Bestände zu übernehmen, statt sie von einem Dritten zu beziehen bzw. für einen Dritten zu erwerben, um sie alsdann von diesem für sich zurückzukaufen[21]).

Diese Art der Abwicklung einer Kommission, ein rein wirtschaftlicher Akt[22]), wurde zur Gewohnheit; sie lag sowohl im Interesse des Kommittenten, insofern, als ein schnellerer Umsatz der Waren erzielt wurde, als auch des Kommissionärs, der seine Geschäftsbeziehungen nicht zu offenbaren brauchte und damit der Gefahr entging, daß der Kommittent, ohne seine Dienste in Anspruch zu nehmen, sich künftig direkt mit dem Dritten in Verbindung setzte.

Im Warenhandel kam infolge der Vervollkommnung der Nachrichtenübermittlung das Kommissionsgeschäft um die Mitte des vorigen Jahrhunderts fast gänzlich zum Erliegen; dagegen sollte es große Bedeutung in dem etwa zu gleicher Zeit einsetzenden Handel mit Wertpapieren erlangen[23]).

Die Kommission war deshalb die geeignetste, um nicht zu sagen die einzig mögliche rechtsgeschäftliche Form für den Erwerb von Wertpapieren seitens des Publikums, weil dieses regel-

---

[20]) vgl. Wermert in den Annalen des Dt. Reichs 1908/1 ff.
[21]) vgl. hierzu Schmidt-Rimpler in Ehrenb. Handb. V./554.
[22]) sa auch Breit in Sächs. Arch. S. 120.
[23]) vgl. Schmidt-Rimpler a.a.O.; Nußbaum Tats. Seite 67.

mäßig keinen Zutritt zur Börse und auch nicht die nötige Sachkenntnis in Wertpapieren hatte. Auch war es ausgeschlossen, daß der vermittelnde Bankier statt in seinem Namen in dem seines Kunden abschloß, denn die Börsenhändler konnten sich nicht auf Geschäfte mit ihnen unbekannten Dritten einlassen, über deren Kreditfähigkeit sie nicht unterrichtet waren. Im Börsenhandel aber, der ein schnelles Entschließen erfordert, können keine langwierigen Erkundigungen über die Kreditfähigkeit des Kontrahenten angestellt werden. An diesem gesamten Zustand hat sich seinem Wesen nach bis auf den heutigen Tag nichts geändert.

Wie im Warenhandel hatte auch im Wertpapierhandel der Kommissionär ein Interesse daran, den Dritten zu verschweigen. Hierdurch wurde jedoch die Lage des Kommittenten insofern wesentlich verschlechtert, als es ihm u. U. unmöglich gemacht wurde, gegen seinen ihm unbekannten Kontrahenten vorzugehen. Deshalb mußte sich der Kunde an den Kommissionär halten können, der als einen gewissen Ausgleich für die Verschweigung des Dritten — sofern dies nicht sogar schon handelsüblich war — das Delcredere, d. h. die Haftung für die Leistungsfähigkeit des Dritten übernahm.

Hatte nun aber der Kommissionär die Pflichten eines Käufers bzw. Verkäufers, so ging verständlicherweise sein Streben dahin, auch die Rechte eines solchen zu erlangen, er wollte selbst die Wertpapiere kaufen bzw. verkaufen können.

Die Bestrebungen der Kommissionäre, infolge der Übernahme des Delcredere die Stellung eines Käufers bzw. eines Verkäufers zu erlangen, waren nicht ohne Erfolg, denn die Mehrzahl der Gerichte, gestützt auf Gutachten der kaufmännischen Berufsvertretungen, erkannten ihre Stellung als Selbstkontrahenten an, ausgenommen jedoch das Preußische Obertribunal und das Lübecker Oberappellationsgericht, die sich der Einbürgerung dieses Rechtsinstitutes verschlossen.

Es steht somit fest, daß im Wertpapierhandel sich bereits gewohnheitsrechtlich ein Selbsteintrittsrecht der Kommissionäre herausgebildet hatte, als in die Beratungen des ADHGB. eingetreten wurde[24]).

Das Institut des Selbsteintrittsrechts

— das in Frankreich von Lehre und Rechtsprechung übereinstimmend für unzulässig erklärt wird und auch in England als verboten gilt[25]) —

---

[24]) vgl. hierzu Schmidt-Rimpler a.a.O. Seite 982.
[25]) vgl. J. von Gierke Seite 627; Brändel Seite 47.

wurde von Hiersemenzel[26]) und Brinkmann[27]) als mit der rechtlichen Natur der Kommission als der eines Mandates unvereinbar nicht anerkannt; der letztere erblickt in der Zulassung desselben etwas „Unvernünftiges“ und bezeichnet den selbsteintretenden Kommissionär als „unehrlich“. Im Gegensatz dazu sprachen sich u. a. Heise[28]), Treitschke[29]), Maurenbrecher[30]) und Gelpke[31]) für die Zulässigkeit des Selbsteintrittsrechts aus. Die Letztgenannten wichen lediglich in ihren Ansichten, soweit der Umfang des Selbsteintrittsrechts in Frage stand, voneinander ab; so wollten sie beispielsweise den Selbsteintritt vom Vorteil des Kommittenten oder aber vom Bestehen eines Marktpreises für die betreffende Gattung abhängig machen.

Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten erklärte der modernen Verkehrsanschauung entsprechend den Selbsteintritt für zulässig, sofern die den Gegenstand der Kommission bildenden Waren oder Wertpapiere einen Börsen- oder Marktpreis hätten[32]).

Diesen in dem preußischen Entwurf vertretenen Standpunkt nahmen auch die Redaktoren des ADHGB. ein; sie gelangten bei der Beratung über die Zulässigkeit des Selbsteintritts zu der Überzeugung, daß die Vorteile dieses Rechtsinstituts dessen Nachteile überwiegen würden. In Art. 376 ADHGB. wurde bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Kommissionär selbst eintreten, in Art. 377, bis zu welchem Zeitpunkt der Kommittent die Kommission widerrufen konnte.

Diese Vorschriften sollten einen wirksamen Schutz des Kommittenten gegenüber unlauteren Machenschaften des Kommissionärs gewährleisten, sie sollten als Schutzbestimmungen dem umfassenden Rechte des Kommissionärs einige Schranken auferlegen.

Im ADHGB. wurde jedoch nicht näher zum Ausdruck gebracht, in welcher Weise der Selbsteintritt erklärt werden sollte. Auch fehlte es an einer Bestimmung, die den Zeitpunkt festlegte, bis zu welchem die Erklärung spätestens abgegeben werden mußte. Es wurde zwar die Ansicht vertreten, es müsse dies innerhalb bestimmter Frist geschehen, die herrschende Ansicht[33]) jedoch ließ dem Kommissionär nach

[26]) Seite 28.
[27]) Seite 407.
[28]) Seite 42.
[29]) Seite 15—17.
[30]) Seite 406.
[31]) ZHR. 1852/92.
[32]) vgl. Motive S. 162.
[33]) vgl. Weidmann Seite 115 und die dort angef. Lit.

Absendung der Ausführungsanzeige völlig freie Hand. Somit vermochte bei einer unbestimmten Ausführungsanzeige der Kommissionär noch nachträglich selbst einzutreten, und auf diese Weise wurde das Selbsteintrittsrecht von den Kommissionären häufig benutzt, um auf dem Rücken der Kommittenten zu spekulieren[34]).

Die Regelung des Selbsteintrittsrechts im ADHGB. war somit unzureichend; die Vorschriften, die den Schutz des Kommittenten bezwecken sollten, waren unzulänglich. Das Publikum erlitt zu Ende der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts große Verluste in Börsengeschäften, und die zur Erforschung von deren Ursachen eingesetzte Börsenenquêtekommission stellte fest, daß diese zum größten Teil auf das Selbsteintrittsrecht zurückzuführen waren[35]).

Der Forderung, das Institut des Selbsteintritts gänzlich zu beseitigen, den Selbsteintritt zu verbieten, wollte man aber deshalb nicht entsprechen, weil eine solche Beseitigung noch weniger den Interessen der Bankkunden entsprochen hätte. Denn einmal war zu bedenken, daß unlautere Machenschaften nicht an die Form des Selbsteintritts gebunden sind, zum anderen kann der Selbsteintritt dem Kunden auch erhebliche Vorteile bringen:

Bringt z. B. der Bankier einen Kaufauftrag seines Kunden an die Börse, so wird der Kurs vermutlich ein höherer werden, weil die hierdurch an der Börse größer gewordene Nachfrage naturgemäß ein Anziehen des Kurses zur Folge hat.

Schließlich war zu befürchten, daß infolge einer etwaigen Beseitigung des Selbsteintrittsrechts die Banken das Kommissionsgeschäft gänzlich aufgeben und durch einen „Eigenhandel" ersetzen würden, der in noch geringerem Maße im Interesse des Publikums lag[36]). Ein Verbot des Selbsteintritts hätte infolgedessen nur verbunden mit einem Verbot des Eigenhandels den erwarteten Erfolg gebracht. Damit wäre aber praktisch der gesamte Effektenverkehr vernichtet worden, was angesichts seiner Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung nicht ohne nachteilige Folgen geblieben wäre.

Kann man aber die Gefahren eines im Verkehr erwachsenen und eingebürgerten Rechtsinstitutes durch zwingende Vorschriften eindämmen, so soll man es nicht beseitigen — das gebietet die Rechtspolitik. Aus diesem Grunde schritt man zu einer Neuregelung des Selbsteintrittsrechts, und da diese Regelung dringend nötig war, und nicht bis zur Verkündung eines neuen

[34]) vgl. Schmidt-Rimpler a.a.O. Seite 982.
[35]) vgl. Kom. Rehm-Riesser Seite 319; Stenogr. Berichte Seite 30—31.
[36]) vgl. hierzu Eschenbach in ZHR. 41/45, der auf die Möglichkeit einer evtl. zu bildenden Strohfirma hinweist.

Handelsgesetzbuches aufgeschoben werden konnte, wurde Art. 376 ADHGB. durch das Börsengesetz vom 22. VI. 1896 außer Kraft gesetzt, und das Selbsteintrittsrecht wurde in den §§ 71—74 dieses Gesetzes geregelt. Gemäß Art. 14 IV. EG. HGB. vom 10. 5. 1897 wurden die §§ 71—74 BG. wieder aufgehoben, ihr Inhalt ist jedoch, abgesehen von § 404, der das Pfandrecht des selbsteintretenden Kommissionärs regelt, fast wörtlich in die §§ 400 ff. HGB. übernommen.

Bei einem Vergleich der jetzt geltenden Bestimmungen des Selbsteintrittsrechts mit denen des ADHGB. tritt die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht, dem Kommittenten einen möglichst weitgehenden Schutz angedeihen zu lassen, als deutlichstes Symptom in Erscheinung. Damit nun der Erfolg der den Schutz des Kommittenten bezweckenden Bestimmungen nicht in Frage gestellt würde, wurden die wichtigsten derselben zu zwingendem Rechte erhoben.

Lotz[37]) bezeichnet das Börsengesetz mit seinen weitgehenden zwingenden Schutzvorschriften als einen experimentartigen gesetzgeberischen Akt, motiviert mit dem Schlagworte des „Schutzes der Schwachen".

Ob nun der Inhalt der fraglichen Selbsteintrittsklausel mit dem aus den Gesetzesbestimmungen sich ergebenden Zweck in Einklang zu bringen ist, wird im Folgenden Gegenstand der Untersuchung sein.

Gemäß § 400, I. HGB. ist die Ausführung einer Kommission durch Selbsteintritt zulässig, sofern die den Gegenstand der Kommission bildenden Wertpapiere einen amtlich festzustellenden Börsenpreis haben und der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat.

Das Verhältnis, das durch den Selbsteintritt zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten entsteht, suchte man zu Zeiten des ADHGB. rechtlich verschieden zu konstruieren; von den aufgestellten Theorien[38]) hat jedoch heute lediglich die von v. Hahn vertretene noch Interesse, denn diese hat im BG. bzw. im HGB. Eingang gefunden und wird jetzt von fast allen Schriftstellern[39]) und auch vom Reichsgericht[40]) im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[41]) vertreten. Hiernach erzeugt der Selbsteintritt zwar unmittelbar ein Kaufverhältnis zwischen

[37]) vgl. Jahrbuch der Gehe-Stiftung Band II. 1897.
[38]) vgl. Rehm-Riesser Seite 389; Breit, Selbsteintr. Seite 49.
[39]) vgl. DürH. III. S. 652; Staub IV/713; Breit S. 36. Goldmann Seite 1692/6.
[40]) vgl. RG. 4/92; 25/71 ff.
[41]) vgl. ROHG. 19/355.

Kommissionär und Kommittent, dieses Kaufverhältnis ist aber gleichzeitig als Ausführung der Kommission anzusehen; die Ausübung des Selbsteintrittsrechts ist also eine Art der Ausführung einer Kommission, durch die jedoch andererseits ein direktes Kaufverhältnis zwischen den Parteien zustandekommt.

Die Ausführung einer Kommission durch Selbsteintritt ist vom Gesetzgeber als Ausnahme gedacht — das geht deutlich aus der Regelung im Gesetz hervor —, sie bildet aber tatsächlich im Effektenverkehr heute die Regel, während die reguläre Ausführung äußerst selten ist[42]).

Wenn in der Selbsteintrittsklausel von einem „Auftrag" die Rede ist, so hat man darunter keinesfalls einen solchen im Sinne des BGB., — einen unentgeltlich auszuführenden —, sondern einen entgeltlichen gegenseitigen Vertrag zu verstehen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat.

Bestritten ist, ob sich dieser als ein Dienst-[43]) oder Werkvertrag darstellt, oder ob er gar ein Vertrag eigener Art ist[44]). Auf diese Frage, die m. E. nicht generell entschieden werden kann, bei deren Beantwortung es vielmehr auf den speziellen Fall ankommt, ist hier, da sie für die Beurteilung der Klausel nicht von Bedeutung ist, nicht näher einzugehen. Regelmäßig dürfte jedoch ein Werkvertrag vorliegen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat[45]).

In Übereinstimmung mit dem Gesetz sollen nun nach der fraglichen Klausel nur Aufträge in solchen Wertpapieren durch Selbsteintritt ausgeführt werden, bei denen ein Kurs amtlich festgestellt wird.

Und zwar hat man mit der herrschenden Meinung unter Wertpapieren im Sinne des § 400 HGB. solche Urkunden zu verstehen, bei denen das darin verbriefte Recht mit dem Besitze derselben derart verknüpft ist, daß die Übertragung des Papiers die Übertragung des Rechts mitumfaßt — also Urkunden, die das Recht selbst verkörpern, nicht etwa solche, die nur zum Beweis von Forderungen dienen. Es gehören hierher Aktien, Interimsscheine, auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen, Kuxe und Shares[46]), Staatspapiere, kurz: Wertpapiere im wei-

---

[42]) vgl. RG. 94/67.
[43]) so Goldmann Seite 1660; Schmidt-Rimpler Seite 498.
[44]) so Neukamp in Holdh. Monatsschr. 16/51.
[45]) so auch J. von Gierke Seite 611.
[46]) vgl. Staub IV/713; RG. 108/192; 109/325.

testen Sinne[47]), gleichgültig, ob es sich um in- oder ausländische handelt.

Ausgenommen ist heute allerdings ausländisches Metallgeld, das im § 80 BG. den Wertpapieren gleichgestellt war, heute aber mangels einer entsprechenden Bestimmung im HGB. als „Ware" anzusehen ist[48]).

Der Börsenpreis, im Effektenverkehr als „Kurs" bezeichnet, ist eine Unterart des Marktpreises, und als solchen bezeichnet das Reichsgericht[49]) den Durchschnittspreis, welcher sich bei Vergleichung einer erheblichen Zahl abgeschlossener Geschäfte als der gemeine Wert des betreffenden Wertpapieres an dem Tage seiner Feststellung darstellt. Der Börsenpreis, der gewöhnlich in Prozenten des Nennwertes der Effekten ausgedrückt wird, ist dann ein amtlich festgestellter, wenn seine Festsetzung gemäß der Vorschriften der §§ 29 ff. BG. erfolgt. Dies geschieht aber nur für solche Wertpapiere, die gemäß der Vorschriften der §§ 36 BG. zur amtlichen Notiz zugelassen sind.

Die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Kursnotiz verfolgt den Zweck, das Publikum vor Schäden möglichst zu schützen; sie erfolgt durch Beschluß der Zulassungsstelle, einer Kommission von Börsenmitgliedern, nach einer eingehenden Prüfung der Grundlagen der zu emittierenden Wertpapiere.

Die amtliche Feststellung des Börsenkurses umfaßt die vorbereitende, öffentliche Ermittlung durch die Kursmakler und die sich daran anschließende endgültige Kursfestsetzung durch den Börsenvorstand oder dessen Kommissar. In dem auf diese Weise festgestellten Börsenkurs sieht das Gesetz eine Objektivitätsgarantie, eine Garantie im Sinne des sogenannten „Schnittverbots"[50]).

Wurde lediglich ein Geldkurs (im Kurszettel „G" gekennzeichnet) — sofern nur Nachfrage- oder ein Briefkurs („B") — sofern nur Angebot — in dem betreffenden Papiere bestand, festgestellt, so ist der Selbsteintritt ausgeschlossen; denn eine nur auf Nachfrage oder Angebot ohne tatsächliche Umsätze erfolgte Notiz ist kein Börsenpreis, sie ist nur theoretisch festgestellt, und der so festgestellte Börsenpreis

---

[47]) vgl. Breit Sächs. Arch. Seite 173.
[48]) vgl. Rehm-Riesser Seite 137.
[49]) vgl. Seuff. Arch. 52/69.
[50]) vgl. Locher Seite 1357.

entspricht nicht dem gemeinen Werte des Papieres[51]).

Hinsichtlich des Börsenortes, dessen Kurs für den Selbsteintritt maßgeblich sein soll, ist in der fraglichen Klausel nichts gesagt; auch das Gesetz gibt in dieser Hinsicht keine Vorschriften. Daher ist in erster Linie eine ausdrückliche Bestimmung des Kommittenten maßgebend. Liegt eine solche aber nicht vor, so kommt der Ort der Niederlassung des Kommissionärs oder, falls sich hier eine Börse nicht befindet, der für diesen Ort maßgebliche Börsenplatz als dem mutmaßlichen Willen des Kommittenten entsprechend in Betracht[52]).

Sehr häufig enthalten die Geschäftsbedingungen eine weitere Klausel, nach der die Auswahl des Börsenplatzes dem Ermessen der Bank überlassen wird, sofern der Kunde keine ausdrückliche Weisung erteilt[53]). Hiergegen sind grundsätzlich keine Bedenken zu erheben, denn der Kunde hat es ja in der Hand, das Ermessen der Bank auszuschließen. Selbstverständlich hat die Bank, wenn ihr die Wahl überlassen ist, nach bestem Ermessen zu wählen, sie hat dabei mit Rücksicht auf Treu und Glauben das Interesse des Kunden zu wahren. Sie darf nicht hierbei auf dem Rücken des Kunden spekulieren und jeweils den Kurs des Börsenortes ihrer Berechnung zu Grunde legen, der für sie am günstigsten ist.

Wegen der Wahl des Börsenortes lassen sich Bedenken gegen die Zulässigkeit des Selbsteintritts erheben, weil hierdurch dem Kommittenten erhebliche Schäden zugefügt werden können.

Eine Bank, die XY Aktien zu erwerben beabsichtigt, erhält einen Verkaufs-Auftrag in diesen Werten. Aus der Kursgestaltung des Vortages — sie waren in Berlin mit 105% in Frankfurt mit 100% notiert — schließt sie nach ihren Börsen-Erfahrungen, daß der nächste Kurs in Frankfurt ein höherer sein werde als der in Berlin. Als Kommissionärin hat sie das Interesse des Kunden zu wahren, muß für ihn möglichst den höheren Kurs zu erlangen suchen; als Käufer dieser Werte will sie aber möglichst den niedrigeren Preis zahlen. Wenn sich nun nachträglich ihre Vermutung als richtig herausstellt, welchen Preis wird sie der Berechnung zu Grunde legen; welchen, wenn sie sich als falsch erweist?

Ein anderer Fall: Einer Bank geht ein Verkaufsauftrag von RM. 100.000.— ABC. Aktien zu; RM. 20.000.— will sie davon

[51]) so auch die herrschende Lehre, vgl. insbes. Breit in Komm. von Rehm-Riesser Seite 394 Anm. 11; Weidmann Seite 67; Staub zu § 400 Anm. 4; DürH. zu § 400 Anm. 3; Nußbaum in Ehrenb. Handb. S. 611; RGZ. 34/117.

[52]) vgl. auch Rehm-Riesser Seite 396 Anm. 18.

[53]) vgl. die Gesch. Bed. der Dedi-Bank.

für ihre Bestände erwerben — und zwar möglichst billig — den Rest sofort über die Börse veräußern. Um nun den von ihr zu erwerbenden Aktien einen möglichst niedrigen Kurs zu Grunde legen zu können, verkauft sie den Rest statt an mehreren an einer Börse und drückt auf diese Weisung den Kurs. So kann die selbsteintretende Bank die Interessen des Kommittenten, die sie wahrnehmen soll, schwer schädigen. Immerhin, will sich der Kunde gegen solche möglichen Schäden schützen, so mag er strikte Anweisung geben, die die Bank befolgen muß. (§ 384 HGB.). Und weil der Kommittent eine solche Möglichkeit hat, sind m. E. in dieser Richtung keine zwingenden Gesetzesbestimmungen als Schutzvorschriften nötig.

Wenn der Gesetzgeber, der die Ausführung einer Kommission durch Selbsteintritt als Ausnahme dachte, diesen Ausnahmefall von einer weiteren Voraussetzung abhängig machte — nämlich einem Nicht-anders-bestimmen des Kommittenten — so mußte folgerichtig die Bank, nach deren Willen die reguläre Ausführung einer Kommission eine Ausnahme sein soll, die regulär auszuführende Kommission von einer weiteren Voraussetzung abhängig machen: die reguläre Ausführung soll ausdrücklich vereinbart werden müssen. Daraus aber ergibt sich, daß die — generelle — Selbsteintrittsbefugnis der Bank nicht von einer der im § 400 HGB. aufgeführten (Nichtandersbestimmung des Kommittenten) entsprechenden Bedingung abhängig gemacht sein durfte, wenn die Absicht der Bank erreicht werden sollte.

Da überdies die Bestimmungen über die Voraussetzungen des Selbsteintritts, die im § 400 Abs. 1 HGB. geregelt sind, nicht zu den zwingenden Vorschriften gehören, — vergleiche § 402 HGB.— können die Banken die Voraussetzungen des Selbsteintritts wie geschehen festsetzen, und gegen den Inhalt der Klausel sind daher insoweit keine Bedenken zu erheben.

Die Frage, ob eine Bank vereinbaren könne, sie wolle — sofern die Voraussetzungen erfüllt seien — generell alle Aufträge durch Selbsteintritt ausführen, mit dem Gesetz in Einklang gebracht werden könne, wurde in der Börsenenquêtekommission und auch bei den Beratungen des BG. aufgeworfen. Aus den stenographischen Berichten des Reichstages[54]) geht hervor, daß ein Antrag, wonach der Selbsteintritt nur zulässig sei, wenn sich der Kommittent bei jedem einzelnen Kommissionsgeschäft ausdrücklich damit einverstanden erkläre, von den verbündeten Regierungen bekämpft wurde und der Ablehnung verfiel. Daraus ist zu

[54]) vgl. 1895/97 2. Anlagen Seite 1490.

schließen, daß an sich eine solche Vereinbarung grundsätzlich für zulässig zu erachten ist. Hiervon abgesehen entbehrt jedoch die oben aufgeworfene Frage heute jeglicher Bedeutung; denn wie eingangs der Arbeit ausgeführt, werden bei Vorhandensein von Geschäftsbedingungen die betreffenden Klauseln jeweils Bestandteil des einzelnen Vertrags. Daß aber bei jedem Kommissionsgeschäft die Selbsteintrittsbefugnis zum Vertragsinhalt gemacht werden kann, steht außer Zweifel.

Die Bank will nun alle Kommissionsaufträge, sofern die den Gegenstand derselben bildenden Wertpapiere einen amtlich festzustellenden Kurs haben, durch Selbsteintritt ausführen, aber entgegen den gesetzlichen Bestimmungen eine dahingehende ausdrückliche Erklärung im Einzelfalle nicht abgeben.

— Die Banken wollen deshalb alle Kommissionen durch Selbsteintritt ausführen, weil in solchen Fällen ihre Rechenschaftspflicht gemäß § 400, II. HGB. beschränkt ist. —

Ob unter dieser Bedingung der Selbsteintritt wirksam vereinbart werden kann, soll im nachfolgenden untersucht werden.

Gemäß § 400, I. HGB. wird eine Kommission durch Selbsteintritt dadurch ausgeführt, daß der Kommissionär die Wertpapiere liefert bzw. übernimmt. Hieraus könnte man schließen, der Selbsteintritt stelle sich als ein Realgeschäft dar und sei erst mit der Übereignung der Wertpapiere vollzogen. Allein der Selbsteintritt ist lediglich eine Art der Ausführung einer Kommission, und eine solche wird gemäß § 383 HGB. durch den Abschluß eines — obligatorischen — Kaufvertrages ausgeführt. Diese Ausführung hat der Kommissionär gemäß § 384, II. HGB. dem Kommittenten unverzüglich anzuzeigen. Dieser Ausführungsanzeige aber kommt lediglich die Bedeutung eines Berichtes zu, sie hat nur deklaratorischen Charakter.

Nun ist beim Selbsteintritt — das folgt u. a. aus § 405, I. HGB. — außer der Ausführungsanzeige noch eine Selbsteintrittserklärung nötig. Da, wie oben ausgeführt, die Kommission und folglich auch der Selbsteintritt als besondere Art der Ausführung einer solchen nicht durch einen Realakt vollzogen wird, so bilden diese beiden Mitteilungen den Vollzug des Selbsteintritts, der Selbsteintritt stellt sich also als ein Formalakt dar[55]).

Die Frage, woher der Kommissionär die Wertpapiere nimmt, bzw. wie er sie verwendet, ist gänzlich unerheblich; denn der

[55]) vgl. DürH. zu § 400 Anm. 35.

Selbsteintritt begründet nur ein obligatorisches Verhältnis unter den Parteien, auf das die Eigentumsfrage ohne Einfluß ist.

Diese Selbsteintrittserklärung, das ist zwingend aus § 405, I. HGB. zu schließen, muß ausdrücklich erfolgen, sie muß ferner so klar und eindeutig gefaßt sein, daß der Kommittent sofort zweifelsfrei die Art der Ausführung seines Kommissionsauftrages erkennt[56]), soll nicht die Kommission als mit einem Dritten ausgeführt gelten. Sie muß nicht notwendig mit der Ausführungsanzeige zu gleicher Zeit, jedoch spätestens am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden, so § 405, II. HGB.

Eine dieser letztgenannten Vorschrift entsprechende gab es im ADHGB. nicht. War seitens des Kommissionärs eine unbestimmte Ausführungsanzeige zur Absendung gebracht, d. h. eine solche ohne Nennung eines Dritten und ohne Selbsteintrittserklärung, so hatte dieser immer noch beide Ausführungsmöglichkeiten, und der Kommittent wußte vielfach in einem anhängig gewordenen Prozesse noch nicht, in welcher Weise sein Auftrag erledigt war[57]). Der Kommittent war daher niemals genügend aufgeklärt, und es war das Ziel der neuen Gesetzgebung, ihn insoweit mehr als bisher zu schützen, und das wiederum ist der Zweck des § 405, II. HGB.

Der Kommittent soll also möglichst schnell über die Person seines Kontrahenten aufgeklärt werden.

Wird aber dieser vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck, dem Kunden möglichst schnell und zwar spätestens am Tage nach der Ausführungsanzeige Klarheit über die Person seines Kontrahenten zu verschaffen, durch den Inhalt der Klausel erreicht?

Wie auf Seite 24 bereits ausgeführt, wird der Selbsteintritt regelmäßig durch eine ausdrückliche Selbsteintrittserklärung, zu der eine Ausführungsanzeige hinzukommen muß, vollzogen. Diese Selbsteintrittserklärung will die Bank nun nicht etwa überhaupt nicht abgeben, sie will sie vielmehr lediglich nicht in jedem Einzelfalle ausdrücklich abgeben; denn tatsächlich gibt sie ja ihren Willen, die Kommission durch Selbsteintritt ausführen zu wollen, bereits dadurch kund, daß sie die Selbsteintrittsklausel in jedem Einzelfalle zum Vertragsbestandteil macht. Sie bekundet diesen Willen auch nicht erst zu einer Zeit, in der die Selbsteintrittserklärung nicht mehr wirksam abgegeben werden könnte (§ 405 Abs. 2 HGB.), sondern sie tut dies im Gegenteil bereits, bevor dem Kunden eine Ausführungsanzeige zugehen kann.

[56]) so auch RG. in BankArch. 5/180.
[57]) vgl. Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 984; RG. 6/54.

Streit herrscht nun darüber, welche Bedeutung diesem in der Vereinbarung der Selbsteintrittsklausel offenbarten Willen der Bank in Bezug auf den Selbsteintritt als solchem beizumessen ist, welche Rechtswirkungen er erzeugt. Nach der von Weidmann[58]) vertretenen Ansicht liegt bereits in der Vereinbarung der Klausel eine rechtsverbindliche Selbsteintrittserklärung der Bank. Weidmann[59]) führt aus, der Selbsteintritt sei perfekt bis auf die Zeitbestimmung, das Verhältnis der Beteiligten stelle sich als ein resolutiv bedingter Kaufvertrag dar, und die Perfektion trete mit der Bildung des Börsenpreises ein. Die Ausführungsanzeige habe wie bei der regulär auszuführenden Kommission nur rechtsbekundende Wirkung.

Diese Auffassung ist jedoch mit der herrschenden Meinung als nicht richtig abzulehnen[60]), denn die Selbsteintrittsbefugnis ist grundsätzlich ein dem Kommissionär zustehendes Recht, zur Kategorie der Rechte des rechtlichen Könnens gehörend[61]). Daran ändert sich auch nichts durch die Aufnahme der Selbsteintrittsklausel in die Geschäftsbedingungen, denn diese soll ja nicht etwa bestehende Rechte der Bank, wie hier das auf reguläre Ausführung der Kommission ausschließen, vielmehr soll nach dem ausdrücklichen Inhalt der Klausel die Bank in der Lage bleiben, ein anderes, nämlich eine reguläre Ausführung der Kommission zu vereinbaren. Und eine solche Vereinbarung muß sogar noch nachträglich möglich sein ebenso wie die Nichtandersbestimmung des Kommittenten im Falle der Ausführung einer Kommission durch Selbsteintritt als Ausnahmefall nach § 400 HGB., denn die Fassung des Gesetzes „bestimmt hat" ist nicht wörtlich zu interpretieren[62])

Richtiger Ansicht nach[63]) liegt in der Annahme einer Kommissionsofferte bei gleichzeitiger Vereinbarung der Selbsteintrittsklausel lediglich eine formale Selbsteintrittserklärung, die jedoch noch nicht den Eintritt der Bank in das Geschäft bewirkt und auch nicht das Widerrufsrecht des Kommittenten, der diese Offerte an die Bank gerichtet hat, ausschließt[64]). Kommt aber zu dieser formalen Selbsteintrittserklärung die Ausführungsanzeige hinzu, die den Zeitpunkt angibt, in welchem die Selbsteintrittserklärung Wirksamkeit erlangt hat, und mit der sie begrifflich eine eine Einheit bildet, so ist nunmehr — aber auch erst jetzt — die Kommission durch Selbsteintritt ausgeführt.

---

[58]) vgl. Kommissionsgeschäft Band II. S. 153 ff.
[59]) vgl. a.a.O. Seite 169.
[60]) vgl. Breit bei Rehm-Riesser S. 405.
[61]) so auch Rehm-Riesser S. 403 und Enneccerus wie dort zit.
[62]) so auch die herrsch. Meinung; vgl. Staub zu § 400 Anm. 6; DürH. zu § 400 Anm. 15.
[63]) vgl. Breit bei Rehm-Riesser S. 405.
[64]) vgl. Rehm-Riesser Seite 402.

In der Ausführungsanzeige liegt somit der Schwerpunkt des Verhältnisses zwischen der Bank und dem Kunden, sie hat konstitutiven Charakter, und sie bewirkt daher den Vollzug des Selbsteintritts[65]).

Es kommt ihr aber und zwar in Verbindung mit der beim Vertragsschluß zum Vertragsinhalt gemachten Selbsteintrittsklausel noch eine weitere Bedeutung zu, sie schließt nämlich die Selbsteintrittserklärung in sich[66]). Erhält der Kunde die Ausführungsanzeige, so weiß er sowohl, daß sein Auftrag ausgeführt als auch, wer sein Kontrahent ist. Damit aber ist der vom Gesetzgeber gewollte Zweck erreicht. Da auch der Abs. 1 des § 405 HGB., der die F o r m der Selbsteintrittserklärung bestimmt, nicht zu den zwingenden Vorschriften der Kommission gehört, können die Parteien die von der Bank gewollte, von der gesetzlichen abweichende Form der Selbsteintrittserklärung wirksam vereinbaren, und nur das haben sie getan.

Zusammenfassend ist festzustellen: eine Vereinbarung der Selbsteintrittsbefugnis bei allen Kommissionsaufträgen ist zulässig; der Inhalt der Klausel verstößt nicht gegen zwingende Gesetzesvorschriften; durch ihre Vereinbarung zum Vertragsinhalt werden wichtige Interessen des Kommittenten nicht verletzt, denn der vom Gesetzgeber erstrebte Erfolg, dem Kommittenten möglichst schnell Klarheit über die Art der Ausführung seines Auftrages und die Person seines Kontrahenten zu verschaffen, wird durch die Klausel nicht in Frage gestellt. Danach ist die Wirksamkeit der Selbsteintrittsklausel nicht zu bezweifeln, die Banken überschreiten durch ihre Vereinbarung zum Vertragsinhalt nicht die vom Gesetzgeber der freien Parteivereinbarung gezogenen Grenzen.

Erläuternd sei noch ausgeführt:

Trotz Vereinbarung der Selbsteintrittsklausel führen die Banken die Mehrzahl der ihnen erteilten Kommissionsaufträge tatsächlich regulär aus; insbesondere ist das bei den Großbank-Filialen der Fall, die nicht selbst die Wertpapiere übernehmen bzw. liefern, sondern alle Aufträge an die Zentrale bzw. die verschiedenen Börsenfilialen leiten, die alle Aufträge soweit als möglich kompensieren und die unkompensablen an die Börse weiterleiten.

Erteilt nun ein Kunde kurz vor Börsenbeginn einer Großbankfiliale einen Auftrag, so nimmt diese ihn häufig nur „unter Vorbehalt" an, d. h. unter dem Vorbehalt, daß sie denselben noch auf telefonischem oder telegraphischem Wege weiterleiten kann.

---

[65]) so auch Breit bei Rehm-Riesser Seite 405.

[66]) so auch das KG. in LZ. 1911/234 und Staub Anm. 6 zu § 405.

Erklärt sich der Kunde damit einverstanden, so liegt in dieser Vereinbarung ein Ausschluß der Selbsteintrittsbefugnis, denn der Selbsteintritt will ja gerade den Abschluß mit einem Dritten ausschließen und wenn daher umgekehrt zur Bedingung gemacht wird, daß der Auftrag an einen Dritten weitergeleitet werden könne, so ist für eine Selbsteintrittsbefugnis — mit der damit verbundenen Rechenschaftsbeschränkung — kein Raum. Der Kunde kann daher im Falle der Ausführung eines solchen Auftrages von der Bank Rechenschaftslegung nach Maßgabe des § 384 Abs. II. HGB. verlangen.

Nimmt die Bank hingegen den Auftrag an, so kann sie nicht nachträglich einwenden, den Auftrag habe sie nicht mehr weiterleiten können, er sei nicht ausgeführt. Der Kunde kann in solchen Fällen auf Erfüllung bestehen — natürlich nur dann, falls sein Auftrag zu dem von ihm angegebenen Kurs auch an der Börse ausgeführt worden wäre. Denn die Bank hat durch Annahme der Offerte einen Werkvertrag abgeschlossen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, und die ihr daraus erwachsenen Verpflichtungen muß sie erfüllen, sie muß die Wertpapiere übernehmen bzw. liefern. Ob sie den Auftrag hat weiterleiten können oder nicht, ist für den Kunden ohne Bedeutung; denn ihm hat ja die Bank durch die Selbsteintrittsklausel erklärt, s i e wolle die Papiere liefern bzw. übernehmen.

Wäre es anders, so könnte die Bank in unzulässigerweise auf dem Rücken des Kunden spekulieren; sie könnte nämlich, sofern sie mit einer Kurssteigerung am nächsten Tage rechnet, dem Wertpapiere kaufenden Kunden gegenüber diesen Einwand bringen, sofern sie hingegen mit einem Abgleiten der Kurse rechnet, würde sie dem Kunden gegenüber eintreten und sich tatsächlich erst an der nächsten Börse eindecken.

Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß in letzter Zeit wieder Bedenken gegen die Selbsteintrittsbefugnis überhaupt erhoben werden und zwar aus folgenden Gründen:

a) der Börsenkurs biete nicht mehr wie ehedem eine Objektivitätsgarantie, denn er sei nicht mehr der Durchschnittspreis, welcher sich bei Vergleichung einer e r h e b l i c h e n Zahl abgeschlossener Geschäfte als der gemeine Wert des Papieres darstelle und zwar deshalb, weil die Zentralen der Großbanken, die infolge der Bankzusammenbrüche heute fast allein die Effektenmärkte beherrschten, die Mehrzahl der Aufträge nicht zur Börse leiteten, sondern nur kleine Teile davon. Daher seien die Zentralen dieser Banken als Börsen anzusehen, und die Kurse der Börse seien häufig Zufallskurse.

b) da nur verhältnismäßig wenig Aufträge zur Börse gelangten, liege es in der Hand der Banken, diese „Zufallskursgestaltung“ ganz nach ihrem Belieben zu beeinflussen.

Eine Bank, die ABC. Aktien auf dem Wege des Selbsteintritts veräußern wolle — natürlich möglichst günstig — könne beispielsweise von sich aus einen Verkaufsauftrag zu 110% und einen gleichhohen Kaufauftrag zum Tageskurs an die Börse leiten, und mangels weiterer Aufträge werde der Kurs so wie von ihr gewünscht festgesetzt, und diesen könne sie dann dem kaufenden Kunden in Rechnung stellen. Dieser Kurs werde mit 110% festgesetzt, obgleich er am Vortage etwa nur 105% betrug, und die 5%ige Steigerung auch völlig unberechtigt sei. Für die Bank selbst sei dieses Verfahren ohne jedes Risiko, da sich ja Kauf und Verkauf ausglichen. Der Kunde aber, der die Papiere von der Bank durch deren Selbsteintritt beziehe, trage dadurch erheblichen Schaden davon.

Diese erhobenen Bedenken sind, wie dieses Beispiel zeigt, durchaus nicht ungerechtfertigt, und es wird Aufgabe des Gesetzgebers sein, hier in irgendeiner Weise Abhilfe zu schaffen.

Nicht zuletzt sei noch erwähnt, daß aus Kreisen der Bankiers die Forderung aufgestellt wird[67]), die Banken in solche zu teilen, die nur Kommissions — und solche, die nur Eigenhandelsgeschäfte betreiben, und den ersteren die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt zu verbieten. Dieser Zustand besteht in England; ob diese Bestrebungen, die einen berechtigten Kern in sich tragen, bei der bevorstehenden Neuregelung des gesamten Bankwesens berücksichtigt werden, bleibt abzuwarten.

Eine weitere Klausel, die sich in den Geschäftsbedingungen fast aller Banken befindet, ist die sogenannte Eigenhändlerklausel. Sie lautet in der Regel:

„Wertpapiere oder Zahlungsmittel, welche amtlich nicht notiert werden, bezieht die Bank stets nur als Eigenhändlerin[68])".

Nach dieser Klausel will die Bank also Geschäfte in amtlich nicht notierten Wertpapieren nur als Verkäufer bzw. als Käufer tätigen; in solchen Werten will sie nur Kaufverträge abschließen, keinesfalls will sie als Kommissionär kontrahieren.

Um auf die verschiedenen Gründe eingehen zu können, die für die Banken für die Aufnahme der vorliegenden Klausel in die

[67]) vgl. die Ausführungen im Abendblatt der Frankfurter Zeitung vom 19. Januar 1933.

[68]) vgl. die AGB. der Dresdner Bank (Nr. 3), der Dedi Bank (Nr. 13), der Direktion der Landeskreditkasse (Nr. 10) und der Commerz und Privatbank.

Geschäftsbedingungen maßgebend sind, sollen zunächst die wesentlichsten Unterschiede zwischen Kommission und Eigenhandel vergleichsweise Gegenüberstellung finden, und daran anschließend soll ein kurzer Abriß über die Entwicklung der amtlich nicht notierten Werte und die der hier vorliegenden Klausel gegeben werden.

Während der Kommissionär Aufträge erhält, für deren sorgfältige Ausführung er einzustehen hat und für deren schuldhaftes Mißlingen er rechtlich verantwortlich ist — es sei denn, daß er die an ihn gerichtete Offerte ausdrücklich zurückgewiesen hätte, sein Schweigen würde bei Vorliegen einer Geschäftsverbindung mit dem Kunden als Annahme gelten (§ 362 HGB.) — handelt der Eigenhändler keiner Vertragspflicht zuwider, wenn er eine Kaufofferte garnicht beachtet und auf das Geschäft verzichtet, obgleich er zur Annahme der Offerte in der Lage gewesen wäre, das betreffende Wertpapier z. B. hätte verwenden bzw. liefern können[69]). Der Kommissionär muß dem Kunden alle Vorteile des Geschäftes zuwenden, kann allerdings auch die Nachteile desselben auf ihn abwälzen; der Eigenhändler hingegen trägt selbst die Chancen und das Risiko des Geschäftes[70]).

Mit dem etwa zu Anfang der 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts einsetzenden Aufschwung der Industrie fiel den Banken die Aufgabe zu, die stetig anwachsenden Unternehmungen zu finanzieren. Das geschah einmal in der Weise, daß die in Anspruch genommenen Kredite in langfristige Anleihen oder daß die Firmen in Aktiengesellschaften oder Gewerkschaften umgewandelt wurden. Im ersteren Falle mußten die Banken die für die Anleihe auszugebenden Schuldverschreibungen im letzteren die Aktien oder Kuxe unterzubringen suchen. Der Absatz dieser Wertpapiere konnte sich naturgemäß nur in der Form von Kaufverträgen vollziehen, für eine Vermittlerrolle der Banken bestand kein Raum, denn sie waren ja selbst Eigentümer der Papiere, sie lieferten dieselben aus ihren eigenen Beständen. Je nach der Entwicklung der Unternehmungen wurden die betreffenden Wertpapiere wertvoller, oder sie büßten einen Teil ihres Wertes ein, und so vermochten die Banken sie nicht zu ihren Gestehungspreisen zu veräußern. Wollte später ein Kunde ein derartiges Wertpapier wieder verkaufen, so wandte er sich zunächst an den Bankier, von dem er es bezogen hatte, und dieser, über den jeweiligen Stand der Entwicklung des Unternehmens unterrichtet, war häufig geneigt, dasselbe zurückzukaufen, um es, vielleicht nach Wochen, erneut an den Mann zu bringen.

In diesen Werten, namentlich in den Kuxen der Kali- und

[69]) vgl. Bernstein a.a.O. Seite 412.
[70]) vgl. hierzu auch DürH. IV. Seite 620.

Steinkohlengewerkschaften, vollzog sich ein lebhafter Eigenhandel; dieser gewann immer mehr an Raum, denn Bankiers suchten auch solche Werte zu erwerben, die andere herausgebracht hatten. Dieser Verkehr vollzog sich „von Kontor zu Kontor", denn für den Handel in diesen Papieren war wegen ihrer zum Teil recht schweren Übertragbarkeit der Börsenverkehr nicht geeignet, da für diesen eine schnelle und glatte Abwicklung unerläßliche Voraussetzung ist.

Dieser außerbörsliche Handel spielte zur Zeit der Börsenenquête jedoch noch eine unbedeutende Rolle[71]), und daher mag es kommen, daß der Gesetzgeber keine Bestimmungen in Bezug auf denselben erlassen hat. Nach Erlaß des Börsengesetzes nahm dieser Handel aber einen ganz bedeutenden Aufschwung, der neben dem Emporblühen der heimischen Industrie und der Unternehmungen in den Kolonien vor allem auf die den Börsenverkehr erschwerenden, zum Schutze des Publikums erlassenen Bestimmungen des Börsengesetzes (insbesondere die bezüglich der Zulassung der Wertpapiere zum Börsenhandel) zurückzuführen ist. Teils allerdings auch darauf, daß die Anteile für den Börsenverkehr ungeeignet waren[72]).

Vor Erlaß des Börsengesetzes hatte man sonach zwischen Wertpapieren, die an der Börse gehandelt wurden, und solchen zu unterscheiden, die im Eigenhandel, außerbörslich, von Kontor zu Kontor umgesetzt wurden; das BG., das den Selbsteintritt des Kommissionärs von einer amtlichen Notiz der Wertpapiere abhängig machte, brachte nun eine weitere Unterscheidung, nämlich eine Teilung der — bisher an der Börse gehandelten — Wertpapiere in solche m i t und o h n e amtliche Kursfeststellung. Es ließ die Kategorie der amtlich nicht notierten Wertpapiere entstehen[73]).

Diese amtlich nicht notierten Wertpapiere wurden gemäß § 41 aBG. (§ 43 BG.) von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossen, und die für dieselben an der Börse erzielten Preise durften nicht veröffentlicht werden; hierdurch sollte der Handel in diesen Werten als nicht zur Börse gehörig gekennzeichnet und von den Börsen ferngehalten werden.

Diese den Verkehr erschwerenden Bestimmungen haben wesentlich dazu beigetragen, daß der Handel in den Werten ohne amtliche Kursnotiz sich in der Folgezeit in derselben Weise vollzog, wie dies bei den nichtbörsengängigen der Fall war, von Kontor zu Kontor, in der Form des Eigenhandels[74]).

[71]) vgl. Bernstein in Festgabe für Riesser Seite 380.
[72]) vgl. Bernstein a.a.O. Seite 380.
[73]) vgl. Nußbaum Tatsachen Seite 69 ff.
[74]) vgl. Bernstein a.a.O., Seite 382.

Die auf diesem Wege erzielten Kurse konnten auch veröffentlicht werden, da die Geschäfte ja nicht „an der Börse" getätigt waren[75]).

Hieraus folgt, daß der Unterschied zwischen amtlich nicht notierten und nichtbörsengängigen Werten fortfiel, die letzteren gingen vorläufig in der Kategorie der amtlich nicht notierten Wertpapiere auf.

Der Handel in diesen nicht notierten Wertpapieren gewann in der Folgezeit immer mehr an Boden — nach Pinner[76]) war 1912 die Zahl der nicht notierten Wertpapiere fünfmal so groß wie die der amtlich notierten — und heute sind auch die Umsätze in denselben recht beachtlich.

Lag in dem ursprünglichen Verkehr der nichtbörsengängigen Wertpapiere tatsächlich ausnahmslos ein „reiner" Eigenhandel vor, so mußte es bei dem stetig anwachsenden Markte der nicht notierten Wertpapiere immer häufiger vorkommen, daß die Bank die verlangten Papiere nicht besaß, sich dieselben vielmehr erst beschaffen mußte bzw. — besonders bei abgleitender Börsentendenz — gar nicht in der Lage war, alle angebotenen Wertpapiere für ihre eigenen Bestände zu übernehmen. Die Banken wollten sich auch nicht festlegen, wie dies beim Abschluß eines Kaufvertrages der Fall ist, weil sie das Kursrisiko nicht übernehmen wollten.

So brachte es die Entwicklung mit sich, daß sich auch in den amtlich nicht notierten Wertpapieren die Abwicklung der Geschäfte so vollzog, wie bei den amtlich notierten, wie beim Kommissionsgeschäft. Auch die Kunden brachten häufiger in ihren auf den Abschluß von Verträgen in solchen Werten gerichteten Offerten zum Ausdruck, Kommissions- aber keine Kaufverträge abschließen zu wollen. An diesem Zustand hat sich im allgemeinen bis auf den heutigen Tag nichts geändert.

Eine Kommissionsofferte ist zum Beispiel dann als vorliegend zu erachten, wenn der Kunde zum Ausdruck bringt, es solle „bestens" oder „höchstens zu 250%" gekauft werden, denn in solchen Fällen soll sich nach dem Willen des Kunden die Bank bemühen, möglichst billig zu kaufen, im letzten Falle soll sie dabei keinesfalls die gesetzte Grenze von 250% überschreiten[77]).

Die Banken suchten jedoch den Verkehr in diesen Werten als Eigenhandel zu konstruieren, in Wahrheit war — und ist er noch heute — ein Vermittlungshandel, ein „Eigenhandel für fremde Rechnung[78])."

[75]) vgl. Rehm-Riesser Seite 166; Nußbaum Tats. Seite 188.
[76]) „Bank" 1912/840.
[77]) so auch Staub III./613 und RG. 94/65.
[78]) so auch Scheller Seite 138.

Daß ein Eigengeschäft vorliege, brachten — und bringen sie noch heute — den Kunden gegenüber in der Abrechnung zum Ausdruck; sie setzten in dieser sogenannte „Nettopreise" ein, d. h. Preise ohne Berechnung einer Provision, in Wahrheit wurde jedoch den erzielten bzw. von ihnen gezahlten Preisen eine Provision eingeschlossen — und dies war eine höhere als die bei amtlich notierten Wertpapieren übliche, eine dem Kunden aber nicht erkenntliche[79]).

Die Gründe, aus denen die Banken danach strebten, Geschäfte in unnotierten Wertpapieren im Eigenhandel auszuführen, sind nun verschiedener Art. Vor allem wollten sie sich auf diese Weise die Möglichkeit der Berechnung einer höheren Provision sichern. Zum anderen hatte das Börsengesetz neben einer Verengung des gesetzlichen Selbsteintritts eine Reihe zwingender Vorschriften hinsichtlich der Ausführungsanzeige gebracht, die für den Kommissionär eine starke Belastung bedeuteten, und diesen Schwierigkeiten suchten die Banken auf diese Weise zu entgehen. Ferner legte das Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 (Depotgesetz genannt) dem Kommissionär — nicht auch, wie man dieses Gesetz allerdings fälschlich auslegt, dem Eigenhändler[80]) — zum Schutze des Publikums neue Pflichten auf und belegte etwaige Verstöße mit harten Strafen.

Die Frankfurter Handelskammer äußerte sich daher in ihrem Jahresbericht von 1896, die neue Regelung sei für den Kommissionär unhaltbar, da es für ihn unmöglich sei, sich gegen die durch die notwendig telegraphische Verständigung entstehenden Schäden genügend zu schützen[81]).

So wurde in der Tat die Bestimmung über die sofort nach Abschluß des Deckungsgeschäfts abzuschickende Ausführungsanzeige insbesondere den kleineren Banken, die an der Börse nur wenige Hilfspersonen beschäftigen konnten, zum Anlaß, nach einem Wege zu suchen, die bisher innegehabte Stellung im Effektenverkehr durch eine andere zu ersetzen[82]).

Das gleiche Ziel verfolgten die nicht einwandfreien Bankiers, die sogenannten „Bucket-shops", denen es allerdings nur darauf ankam, die Bestimmungen des Depotgesetzes zu umgehen.

Daneben aber mag noch der Umstand eine gewisse Rolle gespielt haben, daß Zweifel darüber bestanden, ob auch bei amtlich nicht notierten Wertpapieren die Möglichkeit des Selbst-

---

[79]) vgl. hierzu Nußbaum Tats. Seite 69.
[80]) vgl. RG. in BankArch. 22/182; a. M. DürH. Seite 685.
[81]) vgl. Seite 61.
[82]) vgl. Nußbaum Tatsachen Seite 76.

eintritts durch den Bankier mit dem Kommittenten vereinbart werden könnte. Dies wurde nämlich von gewichtiger Seite, doch wohl zu Unrecht, bestritten[83]).

Nach dem geltenden Recht kann ohne Zweifel der Kommissionär mit dem Kommittenten vereinbaren, daß er auch eine Kommission bezüglich amtlich nicht notierter Wertpapiere durch Selbsteintritt ausführen kann[84]), und sogar hinsichtlich solcher, bei denen sich überhaupt kein Börsenpreis bildet[85]), denn der § 400 Abs. 1 HGB., der die Voraussetzungen des Selbsteintritts regelt, gehört nicht zu den nach § 402 HGB. zwingenden Vorschriften. Dieser gewillkürte Selbsteintritt steht dem gesetzlichen gleich, auch hier bildet die Angabe eines festen Kurses durch den Kommittenten immer nur das Limitum, und der Kommissionär ist verpflichtet, den möglichst günstigen Preis für den Kommittenten zu erreichen[86]). Haben dagegen die Effekten überhaupt keinen Börsenpreis, so sind für die Rechenschaftspflicht des selbsteintretenden Kommissionärs lediglich die allgemeinen Grundsätze des Kommissionsvertrages maßgebend[87]).

Die einfachste Lösung glaubten die Banken in einer völligen Aufgabe ihrer Kommissionstätigkeit gefunden zu haben; alle Geschäfte suchten sie daher in die Form des Eigenhandels zu kleiden. Und der Finanzschriftsteller Zadig[88]) glaubte den Banken bestätigen zu können, daß das von ihnen erstrebte Ziel zu erreichen sei und zwar dadurch, daß sie in die Geschäftsbedingungen die Eigenhändlerklausel aufnähmen. Er stützte sich dabei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. XII. 1904, in der gesagt wird, der Bankier, der die Emmissionsbonifikation für sich behalten wolle, sei nicht gehindert zu verkaufen, aber er dürfe nicht als Kommissionär auftreten. Hieraus folgerte er, daß der Bankier, wenn er wolle, allen Fußangeln des Kommissionsgeschäfts entgehen könne, und dies erreiche er durch Aufnahme der Eigenhändlerklausel in seinen Geschäftsbedingungen. Daher fand eine Klausel des Inhalts, die Bank trete bei allen mit ihr abzuschließenden Geschäften — also auch bei solchen mit amtlich festgestellten Kursen — stets als Eigenhändlerin auf, in den Geschäftsbedingungen mehr und mehr Eingang, und dies obgleich Riesser schon 1897 zum Ausdruck gebracht hatte, eine Umwandlung des Kommissionsgeschäftes in das Eigengeschäft sei

---

[83]) so auch Rehm-Riesser Seite 102 und die dort Zit., ferner DürH. zu § 400 Anm. 25; a. M. das App. Ger. Leipzig in Wenglers Arch. 77/707.
[84]) vgl. wie oben.
[85]) so auch RG. 96/7; DürH. Anm. 27 zu § 400.
[86]) so auch KG. in LZ. 1911/234.
[87]) so auch Schmidt-Rimpler a.a.O. Seite 1003; DürH. Seite 852.
[88]) vgl. Prakt. Leitfaden des Börsenrechts, 1905.

wegen zahlreicher Schwierigkeiten im Effektengeschäft nicht geeignet, sie könne auch nicht die Rechtsstellung der Banken verbessern[89]).

In der Tat beruht die Ansicht, durch die Eigenhändlerklausel das erstrebte Ziel zu erreichen, auf einem Rechtsirrtum, denn weder die Form noch der Wortlaut, sondern allein der wirtschaftliche Zweck ist entscheidend für die rechtliche Natur eines Rechtsgeschäfts[90]).

Wenngleich die Zadig'sche Ansicht auch schon 1906 von Breit[91]) treffend widerlegt wurde, fand dennoch die Eigenhändlerklausel immer mehr Verbreitung und wurde auch von angesehenen Bankfirmen in den Geschäftsbedingungen aufgenommen[92]).

Diese „allgemeine" Eigenhändlerklausel, die nach Nußbaum[93]) nur auf eine Irreführung der Kunden hinauslief, verengte sich später zu der sogenannten „speziellen", die heute in den Geschäftsbedingungen fast aller Banken enthalten ist und den eingangs wiedergegebenen Wortlaut hat. Nach dieser will die Bank nur Geschäfte in solchen Wertpapieren oder Zahlungsmitteln als Eigenhändlerin ausführen, für die ein Kurs amtlich nicht notiert wird.

Hat man unter den Wertpapieren, für die ein Kurs amtlich festgestellt wird, nur solche Urkunden zu verstehen, bei denen die Geltendmachung des darin verbrieften Rechts derart an das Papier geknüpft ist, daß die Übertragung des Papieres die Übertragung des Rechts bedeutet, so geht der Kreis der amtlich nicht notierten über diesen weit hinaus, denn dieser umfaßt alle Wertpapiere, die den Gegenstand einer Vermögensanlage bilden können, vorausgesetzt jedoch, daß sie für den Handelsverkehr bestimmt sind; dabei ist zu bemerken, daß dieses Bestimmtsein in weitestem Sinne auszulegen ist; selbst indossable Namenspapiere sind hierunter zu fassen[94]).

Nach der von Pinner[95]) gegebenen Begriffsbestimmung der amtlich nicht notierten Wertpapiere hat man hierunter nur solche zu verstehen, die am Markte der unnotierten Werte gehandelt werden, wie er sich an den Börsenplätzen herausgebildet hat. Seiner Ansicht nach führt es zu irreführenden Vorstellungen, wenn man, um Normen für Ge-

---

89) vgl. Komm. zum Depotgesetz Seite 27.
90) vgl. RG. 94/66; 114/110; Staub III. Seite 612.
91) vgl. BankArch. 5/270.
92) vgl. Nußbaum Tats. Seite 70; Apt III. Seite 115.
93) vgl. Tats. Seite 71.
94) so auch das RG. 67/90; vgl. Bernstein a.a.O. S. 385.
95) vgl. Bank 1912/840.

schäfte eines zwar ständig wechselnden jedoch jeweils recht beschränkten Kreises von Wertpapieren die große Zahl von Effekten mit in Betracht ziehe, die womöglich außerbörslich umgesetzt werden könnten, praktisch jedoch für den Umsatz im Bankverkehr bedeutungslos seien. Mit Recht hält Bernstein[96]) diese Definition nicht für zweckentsprechend, denn es besteht auch ein Bedürfnis, den Verkehr der außerbörslich gehandelten Werte zu regeln.

Da die Banken in ihren Geschäftsbedingungen nicht bestimmen, wie weit der Kreis der nicht notierten Wertpapiere zu ziehen ist, so muß man die weitere Begriffsbestimmung als gewollt ansehen, anderenfalls hätte eine Einschränkung derselben betont werden müssen.

Unter Zahlungsmitteln hat man Anweisungen, Geldsorten ausländischer Staaten, Schecks und Wechsel zu verstehen[97]); die letzteren fallen zwar unter die Wertpapiere, bei denen die Übertragung des Papieres die Übertragung des Rechts bedeutet, da jedoch gemäß § 96 BG. auf dieselben die Vorschriften des Abschnittes III. BG. — die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel betreffend — keine Anwendung finden, ist argumentum e contrario zu schließen, daß dieselben nicht als Wertpapiere im Sinne dieses III. Abschnittes des BG. anzusehen sind, mithin für den amtlichen Börsenverkehr nicht geeignet und somit zu den nicht notierten Wertpapieren zu rechnen sind[98]). In der Tat werden für Devisen nur Geld- und Briefkurse festgestellt, die jedoch keine Börsenpreise sind[99]).

Die besonderen Umstände, die im Verkehr mit Kuxen und Bohranteilen in seinen Anfängen den Eigenhandel gerechtfertigt erscheinen ließen[100]) treffen auf den heutigen Handel in nicht notierten Wertpapieren nicht mehr zu; denn heutzutage verfügt die Bank nur in den allerseltensten Fällen über die von ihr begehrten Wertpapiere, und wegen des Kursrisikos ist sie auch nicht gewillt, Papiere zu veräußern, die sie sich später — zu einem evtl. höheren Kurse — erst beschaffen müßte oder die sie evtl.. — z. B. bei wenig im Umlauf befindlichen Kuxen — garnicht beschaffen könnte. Die Bank will, wie Scheller treffend sagt[101]), einen „Eigenhandel für fremde Rechnung" betreiben.

Welche Bedeutung ist nun der vorliegenden speziellen Eigenhändlerklausel beizumessen?

---

[96]) a.a.O. Seite 386.
[97]) so auch J. von Gierke Seite 546.
[98]) so auch Nußbaum Seite 147; Rehm-Riesser Seite 137.
[99]) vgl. die Ausführungen Seite 21 dieser Arbeit.
[100]) vgl. die Ausführungen Seite 30 dieser Abhandlung.
[101]) a.a.O. Seite 138.

Richtet ein Kunde an die Bank eine Offerte zum Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren, so hat diese sorgfältig zu prüfen, ob dieselbe inhaltlich auf den Abschluß eines Kauf- oder eines Kommissionsvertrages gerichtet ist;

— die Banken haben in den meisten Fällen vorgedruckte Formulare, aus denen hervorgeht, der Kunde wolle einen Kaufvertrag abschließen; diesem Passus in den Formularen ist jedoch kein entscheidender Wert beizulegen, vielmehr ist der wirkliche Wille des Kunden zu erforschen[102]) — denn, wie schon Seite 35 ausgeführt, ist für die Beurteilung des Charakters eines Rechtsgeschäfts allein dessen Inhalt maßgebend.

Stellt sich nun heraus, daß die Offerte des Kunden auf den Abschluß eines Kaufvertrages zielt, und wird diese seitens der Bank nach Maßgabe der §§ 145 ff. BGB. angenommen, so entbehrt die Eigenhändlerklausel jeder Bedeutung; in einem solchen Falle kommt ein Kaufvertrag durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragsteile und nicht erst durch die Klausel zustande, da ein Wille im Sinne der Klausel nicht mehr vermutet zu werden braucht.

Stellt sich aber die Offerte des Kunden als eine auf den Abschluß eines Kommissionsvertrages gerichtete dar — vergleiche hierzu das Beispiel auf Seite 32 — so kann die Bank verschiedene Wege einschlagen:

1. sie nimmt diese Offerte nicht an und
   a) teilt dies dem Kunden mit,
   b) schweigt dem Kunden gegenüber;
2. sie führt den ihr erteilten Auftrag aus.

In dem unter 1a bezeichneten Falle können Zweifel nicht entstehen, ein Rechtsverhältnis ist unter den Parteien nicht zustandegekommen, daher vermag auch die Klausel keine Bedeutung zu erlangen.

In dem zu 1b genannten Falle gestaltet sich die Rechtslage folgendermaßen. Gemäß § 362 HGB. ist ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb — wie der einer Bank — die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, verpflichtet, unverzüglich zu antworten, wenn ihm ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrages. Es fragt sich nun, ob die Bank trotz der Eigenhändlerklausel für verpflichtet zu halten ist, dem Kunden von der von ihr gewollten Nichtannahme der an sie gerichteten Offerte eine Mitteilung zu machen. Es könnte die Auffassung vertreten werden, es sei dies nicht nötig, denn durch diese Klausel habe ja die Bank generell

[102]) so auch DürH. IV. Seite 673; vgl. auch die dort Zit.

zum Ausdruck bringen wollen, sie lehne grundsätzlich alle Kommissionsanträge in nicht notierten Wertpapieren ab; müsse sie aber auf eine dahingehende Offerte dennoch eine ablehnende Mitteilung machen, so verlange man von ihr in Wahrheit, daß sie zweimal ihren ablehnenden Entschluß bekannt geben müsse. Nach richtiger Ansicht ist jedoch in dem Schweigen der Bank eine Annahme gemäß § 362 HGB. zu erblicken; denn einmal steht es im Belieben der Parteien, im einzelnen Falle von den Geschäftsbedingungen abzugehen, eine Klausel im Einzelfalle außer Kraft zu setzen[103]), und in einem Falle wie dem vorliegenden ist daher der Kommissionsofferte des Kunden zugleich der Inhalt beizulegen, die Eigenhändlerklausel solle nicht Bestandteil des abzuschließenden Vertrages werden. Eine derartige Kommissionsofferte eines Kunden ist aber durchaus zulässig, und eine Bank muß auch mit solchen Offerten rechnen. Zum anderen ist es auch erforderlich, daß der Inhalt einer Geschäftsbedingungsklausel so klar und eindeutig gestaltet ist, daß der Kunde sofort erkennt, was die Bank will. Dieses Erfordernis fehlt jedoch der Klausel, wenn man ihr auch den Inhalt beilegen will, die Bank lehne grundsätzlich und ein für allemal sämtliche Kommissionsofferten in amtlich nicht notierten Wertpapieren ab. Dieser Inhalt, der sich zwar aus logischen Schlußfolgerungen ergeben könnte, ist nicht als von der Bank gewollt zu unterstellen, und die Bank muß daher, soll ihr Schweigen nicht als Annahme gewertet werden, eine Kommissionsofferte in amtlich nicht notierten Wertpapieren ausdrücklich ablehnen.

Führt die Bank in dem zu 2 genannten Falle einen Auftrag, der sich inhaltlich als eine Kommissionsofferte darstellt, aus — oder schweigt sie auf eine solche, sodaß ihr Schweigen als Annahme gilt — so kann sie sich nicht auf die Eigenhändlerklausel ihrer Geschäftsbedingungen berufen und diesen Antrag entsprechend umdeuten[104]).

Nach der von Breit[105]) gegebenen Darlegung könnte der Kunde sonst in einem solchen Falle — sofern das Geschäft sich für ihn als ungünstig herausstellte — vorbringen, seine Kommissionsofferte sei seitens der Bank nicht angenomme — da sie Kommissionsverträge in amtlich nicht notierten W papieren nicht abschließen wolle — ein Kaufvertrag sei nicht zustandegekommen, da eine auf den Abschluß eines so. ielende Offerte nicht vorgelegen habe.

Diese Ansicht ist jedoch abwegig, denn wie bereits ausgeführt, entsteht durch das Schweigen der Bank unter den Par-

---

[103]) vgl. hierzu auch Senckpiehl Seite 14.
[104]) so auch Schmidt-Rimpler a.a.O. Seite 514.
[105]) vgl. BankArch. 5/272.

teien ein Kommissionsverhältnis, das Schweigen der Bank „gilt" als Annahme, gleichgültig, ob die Bank den Auftrag ausführen will oder nicht, denn auf einen der Kommission entgegenstehenden Willen der Bank kann es in solchem Falle nicht mehr ankommen. Ist aber ein Vertragsverhältnis entstanden, so kann der Kunde mit dem geschilderten Einwand nicht kommen.

Ist in der aufgezeichneten Weise nun ein Kommissionsverhältnis zustandegekommen, so ist die Frage aufzuwerfen, ob und gegebenenfalls welche Bedeutung der Eigenhändlerklausel beizumessen ist.

Nach der von Schmidt-Rimpler[106]) und J. von Gierke[107]) vertretenen Ansicht ist ihr Inhalt als Vereinbarung der Selbsteintrittsbefugnis aufzufassen; weniger bestimmt erklären Düringer-Hachenburg[108]), sie sei nicht schlechthin ungültig, sondern sie sei als genereller Vorbehalt des Selbsteintritts aufzufassen. Alle Schriftsteller nehmen Bezug auf Entscheidungen des Reichsgerichts, vornehmlich auf RGZ. 94/66; RGZ. 114/9 und LZ. 1928/625, in denen derselbe Standpunkt vertreten sei.

In LZ. 1928/625 wird lediglich unter Berufung auf RGZ. 114/14 gesagt, der Klausel, die Bank trete stets als Selbstkontrahentin auf, könne eine weitergehende Bedeutung als die der Vereinbarung des Selbsteintritts nicht zukommen.

Hier ist zunächst hervorzuheben, daß „Selbstkontrahent" und „Eigenhändler" zwei ganz verschiedene Begriffe sind, denn auch der selbsteintretende Kommissionär ist Selbstkontrahent. Führt daher ein Bankier einen Kommissionsauftrag aus, und ist in der Klausel von einem „Selbstkontrahent" die Rede, so ist ihr zweifelsfrei die Bedeutung beizumessen, der Bankier wolle die Kommission durch Selbsteintritt ausführen.

Dem Wortlaut der Entscheidung RGZ. 114/13 in der in Bezug auf den Eigenhändler dasselbe gesagt wird wie in LZ. 1928/624 in Bezug auf den Selbstkontrahenten, ist maßgebendes Gewicht nicht beizulegen. Denn einmal ist zu bedenken, daß in dieser Entscheidung das RG. garnicht darüber zu befinden hatte, ob der Kommissionär den Auftrag durch Selbsteintritt ausführen durfte oder nicht,

— das RG. hatte darüber zu entscheiden, ob der Bankier nach Handelssitte befugt sei, dem Kommittenten einen „Mittelkurs" in Rechnung zu stellen —

daß diese Ausführungen lediglich als Erläuterung zu werten sind, und zum anderen mag diese von dem bisher eingenommenen

[106]) a.a.O. Seite 514.
[107]) a.a.O. Seite 615.
[108]) vgl. Komm. Seite 852.

Standpunkt abweichende Ausführung — die unrichtig ist — darauf zurückzuführen sein, daß die Banken inzwischen „Selbstkontrahent" durch „Eigenhändler" in ihren Geschäftsbedingungen geändert hatten.

Die für den Standpunkt des RG. maßgebende Entscheidung ist vielmehr die in RGZ. 94 Seite 66 folgende abgedruckte. Hier wird auf Seite 67 ausgeführt — nachdem zuvor festgestellt ist, daß durch Annahme einer Kommissionsofferte seitens der Bank in Verbindung mit der Eigenhändlerklausel kein Kaufvertrag zustandegekommen sei — es liege eine Kommission vor. Da die Beklagte — Bank — nicht bemerkt habe, daß sie selbst eintreten wolle, so gelte die Kommission als mit einem Dritten ausgeführt. Aber eine solche Kommission sei selten, und man könnte deshalb annehmen, daß die Ausführungsanzeige dahin von der Beklagten gemeint und vom Kläger unter der Zustimmung verstanden wäre, daß die Beklagte selbst eintreten wollte.

Dieser vom Reichsgericht vertretene Standpunkt ist der richtige. Danach muß die Bank grundsätzlich die hier besprochenen Aufträge — mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung, die an sich zulässig wäre[109]) — regulär ausführen. Allerdings kann der Kommittent den an sich unzulässig gewesenen Selbsteintritt nachträglich genehmigen[110]), und diese Genehmigung wiederum kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß, wie auch das RG. ausgeführt hat[111]), eine gesetz- oder weisungswidrige Ausführung für den Kommittenten durch sein bloßes Schweigen auf die Ausführungsanzeige hin noch nicht verbindlich wird, es sei denn, daß dieses Schweigen auf Grund hinzutretender weiterer Umstände als Genehmigung zu deuten ist.

Die Ansicht von Gierke und Schmidt-Rimpler ist nach den obigen Darlegungen nicht richtig und zwar auch um deswillen nicht, weil der Inhalt einer Klausel so klar gefaßt sein muß, daß der Kunde den Willen der Bank sofort und ohne jeden Zweifel erkennt. Richtet ein Kunde aber an eine Bank eine Kommissionsofferte, so ist damit die Eigenhändlerklausel ja garnicht zum Vertragsinhalt gemacht, denn der Kunde will ja gerade das Gegenteil von dem, was die Bank will; er macht seine Offerte so, als wäre diese Klausel überhaupt nicht vorhanden. Daß aber diese Klausel alsdann mit der fraglichen Umdeutung Vertragsinhalt geworden wäre, dafür sind keine Anhaltspunkte gegeben.

Somit ist festzustellen: Kommt zwischen einem Kunden und der Bank ein Kommissionsvertrag bezüglich amtlich nicht notierter

---

[109]) vgl. Seite 34 dieser Abhandlung
[110]) so auch Staub zu § 400 Anm. 4; DürH. Anm. 25.
[111]) vgl. BankArch. 4/59.

Wertpapiere — sei es auch durch Stillschweigen der letzteren — zustande, so ist die Klausel völlig wirkungslos; die Bank ist grundsätzlich verpflichtet, die Kommission regulär auszuführen. Führt die Bank dieselbe dennoch durch Selbsteintritt aus, so liegt es in der Hand des Kunden ,diese Art der Ausführung — nachträglich — zu genehmigen oder auf reguläre Ausführung zu bestehen.

Schwierigkeiten bereitet jedoch der Fall, daß aus dem Antrag des Kunden nicht zweifelsfrei zu erkennen ist, ob ein Kommissions- oder ein Kaufvertrag gewollt ist.

Aus dem Umstand, daß ein Angebot an eine bestimmte Bank gerichtet wird, kann in Deutschland im Gegensatz zu England nicht ohne weiteres auf die Absicht des Kunden, einen Kauf- oder einen Kommissionsvertrag abschließen zu wollen, geschlossen werden. Die deutschen Banken betreiben meist beide Geschäftszweige. In England hingegen gibt es die sogenannten „broker", die nur Vermittler und die „dealer" oder „jobber", die nur Proprehändler sind[112]).

Die rechtliche Natur eines durch Annahme einer solchen Offerte zustandegekommenen Geschäftes ist daher, weil rein äußerliche Gesichtspunkte keine zwingenden Schlüsse zulassen, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles insbesondere des wirklichen Willens der Parteien und des wirtschaftlichen Zweckes des Vertrages festzustellen[113]).

Bei der Erforschung des Parteiwillens dient jedoch die Eigenhändlerklausel in solchen Fällen als wichtiges Indiz[114]); beim An- oder Verkauf amtlich nicht notierter Wertpapiere spricht die Vermutung für Eigenhandel, besonders dann, wenn der Kunde ein in solchen Geschäften erfahrener Mann ist[115]).

Diese Vermutung freilich ist eine widerlegbare, der Kunde kann in einem Prozesse den Gegenbeweis erbringen; es erschöpft sich somit in solchen Fällen die Bedeutung der Eigenhändlerklausel in der Frage über die Beweislast. Die Bank erreicht durch dieselbe lediglich insoweit eine günstigere Stellung, im übrigen aber vermag sie die beabsichtigten Rechtswirkungen nicht zu erzielen.

Soll der abgeschlossene Vertrag sich als ein Kaufvertrag darstellen, so ist vorauszusetzen, daß die Parteien über Wertpapiere und Preis einig waren.

Daß bei den Vertragsteilen eine Einigung über die Wert-

---

[112]) vgl. hierzu auch die Ausführungen auf Seite 29 der Abhandlung

[113]) vgl. hierzu Breit, BankArch. 5/270; Staub IV/612; DürH. § 383 Anm. 20; RG. in BankArch. 25/458.

[114]) so auch Nußbaum Seite 371.

[115]) so auch DürH. V/683 Anm. 20 und die dort Zit.

papiere zustandekommt, ist wohl in allen Fällen ohne weiteres anzunehmen.

Das entscheidende Merkmal für das Vorhandensein eines Kaufvertrages muß daher das Vorliegen eines bestimmten Preises sein; der Preis ist das wichtigste Kriterium für die rechtliche Beurteilung des Vertrages.

Nun ist zwar das geltende Recht hinsichtlich der Bestimmtheit des Preises weniger streng als es das gemeine war[116]); es braucht der Preis nicht in bestimmten Zahlen ausgedrückt zu sein, er muß jedoch objektiv feststellbar sein[117]).

Ist nun über die Höhe der Gegenleistung nichts ausdrücklich vereinbart, so ist noch zu prüfen, ob nicht eine stillschweigende Preisbestimmung unter Bezugnahme auf eine objektive Grundlage vorgenommen wurde. Dies dürfte immer dann der Fall sein, wenn das den Gegenstand des Vertrags bildende Wertpapier am sogenannten Markt der unnotierten Werte gehandelt wird; man wird alsdann nämlich nach der Verkehrsanschauung im Zweifel den Tageskurs als vereinbart anzusehen haben. Dieser Kurs ist daher der zu bewirkenden Gegenleistung zu Grunde zu legen[118]). Bildet jedoch ein solches Wertpapier den Vertragsgegenstand, bei dem auf einen Börsenpreis nicht zurückgegriffen werden kann, so ist die Gegenleistung seitens der Bank nach billigem Ermessen zu bestimmen. Aber auch hierbei müssen objektive Gesichtspunkte berücksichtigt werden, mag selbst der Vertragsinhalt hierfür keinen Anhaltspunkt bieten[119]). Jeder Vertragsteil muß sich gefallen lassen, daß der Inhalt des abgeschlossenen Vertrages so ausgelegt wird, wie es der Verkehrsanschauung entspricht[120]).

Die im Wertpapierhandel der Verkehrsanschauung entsprechenden Handelssitten sind in den CVU., d. h. den Usancen, aufgestellt vom Centralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes, zusammengestellt. Diese sind als von den Parteien gewollt anzusehen, es sei denn, daß eine Partei einen abweichenden Willen beim Vertragsschluß ausdrücklich erklärt; und diese CVU. enthalten Bestimmungen bezüglich der Kursfestsetzung, die von der Bank zu beachten sind, die Bank kann also nicht willkürlich den Preis festsetzen[121]).

---

[116]) vgl. hierzu Jung Seite 872.

[117]) so auch Lehmann § 189,8; Staub zu § 383 Anm. 9, DürH. § 383 Anm. 22; RGZ. 94/66.

[118]) so auch Lehmann-Enneccerus S. 17; Oertmann S. 547; ders. in Ehrenb. Handb. IV. II. Seite 389.

[119]) so auch Staub III. Seite 882.

[120]) so auch RGZ 42/146.

[121]) so auch Staub I./20; BankArch. 26/184.

Es könnte nun aber schließlich auch so sein, daß der Kunde, der über den Preis und den Wert des Papiers nicht unterrichtet ist, die Bank zur Nennung eines Preises veranlaßt; daraufhin nennt die Bank einen solchen, und der Kunde erklärt sich damit bei dem nunmehr abzuschließenden Kaufvertrag ausdrücklich einverstanden.

Während nun beim Kaufvertrag in aller Regel jeder Vertragsteil nur seine eigenen Interessen wahrnimmt, der verkaufende Teil einen möglichst hohen Preis herauszuschlagen, der Käufer einen möglichst niedrigen Preis zu zahlen sucht, so sind für das Effektengeschäft besondere Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen. Der Kunde nämlich, der sich an eine Bank wendet, um Geschäfte in Wertpapieren abzuschließen, ist regelmäßig weder über den derzeitigen Wert noch über die Aussichten des betreffenden Wertpapieres unterrichtet. Er sieht in der Bank einen Berater und Vertrauensmann, gleichgültig, ob er Kommissionsaufträge gibt oder Kaufverträge abschließt. So kommt es, daß sich mit dem Kaufvertrag die Leistung von Diensten mischt, die aus den Darbietungen der Erfahrungen und Kenntnisse des Fachmannes an den Laien bestehen[122]). Die Bank hat dem Kunden gegenüber Pflichten als Berater, und zwar ist sie zu sorgfältiger Beratung verpflichtet[123]). Ihre Sorgfaltspflicht aber verletzt sie gröblichst, wenn sie einem Kunden einen anderen als den Börsenkurs bzw. den nach billigem Ermessen zu bestimmenden nennt[124]) Denn für den Kunden erscheint es in jedem Falle selbstverständlich, daß sein Interesse wahrgenommen, daß ihm kein anderer als der wahre Preis genannt werde[125]).

In solchen Fällen darf die Bank daher — insbesondere aber dann, wenn ihr ein in Wertpapieren Unerfahrener gegenübertritt — nur den wahren Kurs nennen. Nennt der Kunde aber seinerseits einen zu hohen bzw. zu niedrigen Preis, so muß ihn die Bank über den wahren Kurs aufklären[126]). Erklärt er sich dann allerdings mit einem über bzw. unter diesem liegenden Kurs einverstanden, so ist das seine Sache, insoweit sind der Vertragsfreiheit keine Schranken gezogen, es sei denn, das Geschäft erhalte hierdurch einen wucherischen Charakter. Somit ist festgestellt: die Bank hat in jedem Falle eine Treupflicht dem Kunden gegenüber, mag es sich um einen Kauf- oder einen Kommissionsvertrag handeln.

---

[122]) so auch Nußbaum Seite 70 und RGZ. 42/125.
[123]) so Staub IV/612.
[124]) so auch OLG. Hamburg in OLG 12/112; Nußbaum, Komm. S. 372.
[125]) vgl. hierzu auch Breit in LZ. 1907/810,868.
[126]) so auch Staub III./875.

Der Umstand, daß der Gesetzgeber die amtlich nicht notierten Wertpapiere von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausschloß, ist nur damit zu erklären, daß er das Publikum von dem Handel in nicht notierten Wertpapieren — weil eben in diesen Werten eine besondere Vorsicht am Platze ist — möglichst fernhalten wollte, nicht aber wollte er bezüglich dieser Papiere das Publikum der Willkür der Banken ausliefern.

Es ist somit abschließend und zusammenfassend zu der Eigenhändlerklausel zu sagen:

1. sie ist völlig überflüssig, wenn ein Kunde an die Bank eine Kaufofferte richtet;

2. bei Vorliegen einer unklar gefaßten Offerte, d. h. einer solchen, die sowohl eine Kommissions- als auch eine Kaufofferte sein könnte, wird durch sie — sofern sie Vertragsinhalt geworden ist — lediglich die Rechtsstellung der Bank insofern verbessert, als dann eine — allerdings widerlegbare — Vermutung für das Vorliegen eines Eigengeschäftes spricht.

3. sie vermag keine Rechtswirkungen zu erzeugen, wenn ein Kunde eine klar als Kommissionsofferte zu erkennende an die Bank richtet; insbesondere kann sie nicht umgedeutet werden in eine Vereinbarung des Selbsteintritts. Denn dieselbe Klausel kann nicht einmal für das Vorliegen eines Eigengeschäftes sprechen, das andere Mal hingegen für eine bestimmte Art der Ausführung einer Kommission; das ist undenkbar. Will die Bank in solchen Fällen die Kommission durch Selbsteintritt ausführen, so mag sie ihren dahingehenden Willen in ihren Geschäftsbedingungen zum Ausdruck bringen. Von den Banken, deren AGB. herangezogen wurden, hat das keine getan.

Des weiteren soll die in den Geschäftsbedingungen fast aller Banken enthaltene Klausel, nach der der Kunde den Schaden tragen soll, der durch eine Einlösung falscher oder abhanden gekommener Schecks seitens der Bank entstehen könnte, auf ihre Rechtswirksamkeit untersucht werden. Diese Klausel lautet etwa:

„Alle Folgen und Nachteile des Abhandenkommens, der mißbräuchlichen Verwendung, der Fälschung und Verfälschung von Schecks und Scheckvordrucken trägt der Kontoinhaber. Die Bank haftet nur für nachgewiesenes Verschulden und nur in dem Maße, als es im Verhältnis zu anderen Ursachen an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat[127].“)

[127]) so die AGB. der Dedi-Bank Nr. 5; der Dresdner Bank Nr. 11; der Landeskreditkasse — mit kleineren Abweichungen — Nr. 30.

Es ist davon auszugehen, daß in aller Regel im Scheckverkehr die Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunden auf einem sogenannten Scheckvertrag, einem abstrakten Vertrag beruhen.

Besteht ein solcher Scheckvertrag nicht zwischen den Parteien, dann hat die Bank außer allem Zweifel die Schäden aus der Einlösung ge- und verfälschter Schecks zu tragen; denn in einem solchen Falle ist die Bank ja überhaupt nicht zu Scheckeinlösungen ermächtigt, sie kann daher auch dennoch erfolgte Honorierungen dem Kunden nicht zur Last schreiben[128]). Dieser Fall ist im folgenden außer Betracht zu lassen, weil ja die zu untersuchende Klausel nicht zum Vertragsgegenstand gemacht ist.

Der Abschluß des Scheckvertrags vollzieht sich formlos und zwar meist in der Weise, daß die Bank dem Kunden gegen dessen Quittung ein Scheckheft, zumeist 50 gedruckte und numerierte Formulare enthaltend, übergibt, die die vertragschließende Bank als die Bezogene bezeichnen. Er kann jedoch auch schriftlich oder stillschweigend abgeschlossen werden[129]).

Der Fall, daß sich dieser Scheckvertrag in anderer Weise vollzieht, und die Bank insbesondere es dem Kunden überläßt, selbst und zwar handschriftlich zu fertigende Schecks in den Verkehr zu bringen, ist äußerst selten, denn die Banken sprechen durchweg in ihren Geschäftsbedingungen von Scheckformularen und bringen damit zum Ausdruck, daß anders gefertigter Schecks sich der Kunde nicht zu bedienen habe. An anderer Stelle wird jedoch auf diesen Fall zurückzukommen sein.

Über den Rechtscharakter des Scheckvertrags werden in der Literatur verschiedene Ansichten vertreten, auf die nicht näher einzugehen ist, weil sie auf die Lösung der hier zu behandelnden Fragen ohne Einfluß sind. Richtiger Ansicht nach dürfte der Scheckvertrag sich als ein Dienstvertrag darstellen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat[130]). Kapp[131]) bezeichnet ihn als ein Kassenverwaltungsgeschäft, Cohn[132]) als einen eigentümlichen Vollmachtsvertrag; diese

---

[128]) so auch Breit Seite 1099.
[129]) so auch Michaelis Seite 51.
[130]) vgl. die treffende Begründung bei Michaelis Seite 47; wie hier auch Krakenberger Seite 40; Lehmann Lehrb. des Handelsr. 1908 Seite 785.
[131]) vgl. ZHR. 30/156.
[132]) vgl. Z. Vergl. R. 3/81.

Ansicht ist treffend widerlegt von Simonson[134]). Kuhlenbeck[133]) erblickt in ihm ein an den Inhaber gerichtetes Inkassomandat; nach Lessing ist er ein Vertrag sui generis[135]), Breit[136]) zieht gegen den Scheckvertrag als selbständigen Vertrag zu Felde, er sei in Wahrheit nur eine Seite des Girovertrags.

Vor Erlaß des Scheckgesetzes wurde darüber gestritten, ob notwendig dem Scheck ein Scheckvertrag zu Grunde liegen müsse, und die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung im Scheckgesetz wurde befürwortet bzw. bekämpft. Als Argument für die Notwendigkeit eines Scheckvertrags wurde angeführt, die Reellität des Scheckverkehrs müsse gesichert werden, als Argument dagegen, der Schecknehmer dürfe nicht genötigt werden, zu prüfen, ob ein Scheckvertrag vorhanden sei oder nicht.

Die von Cohn[137]) vertretene Ansicht: „Kein Scheck ohne Scheckvertrag" ist jedoch nicht richtig und treffend von Breit[138]) unter Hinweis auf die Tatsache widerlegt, daß die Bezugnahme auf das Guthaben nur Formalerfordernis des Schecks ist, daß aber das Bestehen eines Guthabens nicht zur Gültigkeit eines Schecks verlangt wird[139]). Da somit — so folgert Breit — das Bestehen eines Guthabens nicht wesentlich für die Gültigkeit des Schecks, ein Scheckvertrag ohne Guthaben aber nicht denkbar sei, so ergäbe sich, daß es auch scheckvertragslose Schecks geben könne, und daß diese richtige Schecks seien. In der Tat kann nach dem geltenden Recht, das eine konkrete Bestimmung hinsichtlich des Scheckvertrags nicht enthält, nur die Auffassung vertreten werden, daß der Scheckvertrag kein Erfordernis für die Gültigkeit eines Schecks bildet[140]), wenngleich das Gesetz von dem Vorhandensein eines Scheckvertrags ausgeht[141]).

Der Scheckvertrag, dessen wesentlichster Bestandteil die Hauptverpflichtung[142]) der Bank ist, die von dem Kunden zu ziehenden Schecks zu honorieren, sofern ein entsprechendes Guthaben vorhanden oder ein ihm gewährter Kredit nicht erschöpft ist, enthält nun zumeist mannigfache Bestimmungen über die

---

133) vgl. Der Check Seite 104.
134) vgl. BankArch. 4/72.
135) vgl. Komm. Seite 58.
136) vgl. Handelsges. des Erdballs Seite 1097.
137) vgl. Endemanns Handb. III. Seite 1148.
138) vgl. ZHR. 67/517.
139) so auch RG. 82/254.
140) so auch Michaelis Seite 47; Müller-Erzbach Seite 508.
141) vgl. hierzu RGZ. 71/121.

Regelung des sich auf die Scheckziehung und Einlösung beziehenden Rechtsverhältnisses. Durch diese werden u. a. Maßnahmen getroffen, um Schäden möglichst zu vermeiden, denn die gesetzlichen Bestimmungen, die denselben Zweck verfolgen, erscheinen nicht ausreichend. Die Bank wird verpflichtet, alles zu tun, um den Kunden vor Schäden zu schützen und die Nebenverpflichtungen[142]), die der Kunde übernimmt, bestehen darin, die von der Bank in den für den Scheckverkehr aufgestellten Klauseln — etwa 10 an der Zahl — enthaltenen Bestimmungen zu befolgen; außerdem ergeben sich die beiderseitigen Pflichten aus den §§ 157, 242 BGB. Daneben aber ist es das Ziel der Banken, durch den Scheckvertrag zu vereinbaren, daß der Kunde alle etwaigen durch den Scheckverkehr entstehenden Schäden zu tragen hat, und dieses Ziel soll durch die hier auf ihre Rechtswirksamkeit zu untersuchende Klausel erreicht werden.

Als die wichtigsten Verpflichtungen, die der Kontoinhaber durch den Scheckvertrag gewöhnlich übernimmt, sind zu nennen:

1. die Scheckformulare sorgfältig aufzubewahren, — diese sind „gefährliche Gegenstände“[143]), — insbesondere muß er seine Angestellten kontrollieren, ob sie nicht dieselben mißbräuchlich verwenden[144]),
2. er muß auf unbrauchbar gewordene Formulare achten, damit sie nicht etwa durch Dritte dennoch Verwendung finden,
3. den Scheckbetrag muß er angesichts des § 6 SchG. in Zahlen und Buchstaben angeben,
4. Trennungen muß er möglichst vermeiden, um Verfälschungen keinen Vorschub zu leisten,
5. er hat die Angestellten, denen er die Ausschreibung von Schecks überträgt, zu kontrollieren[145]),
6. die an der Seite der Scheckformulare angebrachte Zahlenreihe hat er soweit abzuschneiden, als sie den Scheckbetrag übersteigt,
7. etwa vorhandene Faksimilestempel muß er sorgfältigst verwahren, da sie eine Fälschung — durch Nachziehen mit Tinte — erleichtern. (Ein Scheck mit Faksimile allein ist kein gültiger Scheck, er entspricht nicht dem Erfordernis des § 1 Ziff. 3 SchG.[146]).

Die Bank hingegen muß:

1. den Scheck genau prüfen, insbesondere die Unterschrift;

[142]) vgl. Müller-Erzbach Seite 508.
[143]) so das RG. in RGZ. 81/255.
[144]) so BankArch. 9/203.
[145]) vgl. BankArch. a.a.O.
[146]) so auch Michaelis Anm. 17 zu § 1.

etwaige Nebenumstände beachten (ein Lump zeigt beispielsweise einen sehr hohen Scheck eines Kunden vor, der gewöhnlich nur über kleinere Beträge Schecks ausstellt.)

2. bei Anzeige des Kunden einen Scheck sofort sperren (eine Berufung der Bank auf den § 13, III SchG. würde im Falle eines Scheck- oder eines Formulardiebstahls wider Treu und Glauben verstoßen.)
3. auf das Vorhandensein der besonders vereinbarten Kennzeichen achten,
4. einen etwa nachlässigen Kunden zur nötigen Sorgfalt anhalten[147]).

Schäden können im Scheckverkehr nun auf verschiedene Arten mißbräuchlicher Verwendung von Schecks und Scheckvordrucken entstehen.

Fertig ausgeschriebene Schecks können gestohlen und zur Einlösung gebracht werden; es ermangelt in einem solchen Falle zwar des Scheckbegebungsvertrages — der nach herrschender Ansicht grundsätzlich nötig ist — derjenige aber, der durch Ausstellung eines Schecks die Möglichkeit geschaffen hat, daß er vor seiner vertragsmäßigen Begebung in die Hände eines gutgläubigen Dritten gelangt, muß sich so behandeln lassen, als hätte er den Scheck durch einen Begebungsvertrag aus der Hand gegeben[148]). Daher steht in einem solchen Falle außer Zweifel, daß der Kunde den Schaden zu tragen hat.

Seitens der Bank eingelöste Schecks können sich als falsche herausstellen, und diese falschen Schecks, von denen im § 23 SchG. die Rede ist, können wiederum sein:

a) gefälschte Schecks, das sind solche, die von einem anderen als dem als Aussteller Bezeichneten herrühren[149]),

solche können in den Verkehr kommen, wenn dem Kunden das Scheckbuch gestohlen ist oder ein Angestellter Formulare mißbräuchlich verwandt hat; (Pflicht des Kunden ist es in solchem Falle, sofort nach Kenntnis des Diebstahls der Bank Anzeige zu erstatten.)

b) verfälschte Schecks, d. h. solche, die zwar vom Aussteller herrühren, deren Inhalt aber nachträglich abgeändert wurde, sei es durch Veränderung der Schecksumme oder des Ausstellers, etwa durch einen Zusatz (Nachf., & Sohn, AG. oder ähnliche.)

Die Veränderung des Ausstellungsdatums spielt nach Erlaß

---

147) vgl. BankArch. 18/104.
148) so auch Michaelis Seite 74, Breit Seite 576.
149) so Unger, Handeln auf fremde Gefahr Seite 351.

des Gesetzes vom 28. III. 1930 keine Rolle mehr, denn wird dem Bezogenen ein Scheck vor dem als Ausstellungstag angegebenen Tage vorgelegt, so gilt er als am Vorlegungstag ausgestellt, und der Bezogene kann ihn einlösen. Daher ist eine Verfälschung des Ausstellungsdatums zwecklos.

Sogenannte „ungedeckte Schecks", d. h. solche, bei denen ein entsprechendes Guthaben des Ausstellers nicht vorhanden ist, sind keine falschen Schecks; das tatsächliche Fehlen des Guthabens ist nicht wie das Fehlen der Bezugnahme auf ein Guthaben Formalerfordernis des Schecks[150]). Der Fall der Einlösung eines ungedeckten Schecks — wodurch einer Bank freilich auch erhebliche Schäden entstehen können, wenn der Aussteller beispielsweise insolvent wird — ist daher hier nicht zu behandeln.

Beide Arten falscher Schecks sind in gleichem Maße geeignet, erhebliche Schädigungen der an dem Scheckvertrag Beteiligten hervorzurufen, und die Schäden, die aus der Einlösung solcher Schecks entstehen, können auf mannigfachen Ursachen beruhen. Am häufigsten werden die Fälle sein, in denen irgendein Verschulden der an dem Scheckvertrag Beteiligten vorliegt. So kann z. B.

a) der Kunde
b) die Bank
c) der Kunde und auch die Bank

irgendwelche der sich aus dem Scheckvertrag ergebenden Pflichten verletzt haben. Von diesen Fällen gesondert zu behandeln ist jedoch der Fall, in welchem keine der Vertragsparteien ein Verschulden an der Schadensentstehung trifft.

Die Frage, wer in solchen Fällen den Schaden zu tragen hat, würde, wenn ein Verschulden vorliegt, lauten: „Wer trägt die Haftung?" Sie ist streng zu unterscheiden von der bei beiderseitigem Unverschulden aufzuwerfenden: „Wer trägt die Gefahr — das Fälschungsrisiko?" Diese Fragen sind nicht nach dem — formalen — Scheckgesetz zu lösen, da dieses keine diesbezüglichen Bestimmungen enthält. Denn das Scheckgesetz hat nur die Verhältnisse zu regeln, die sich unmittelbar aus dem Scheck ergeben, nicht aber auch die Rechtsbeziehungen, die sich aus dem den Scheck zum Gegenstand habenden Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten, dem sogenannten „internen Scheckrecht" ergeben. Daher sind die Fragen nach der Schadenstragung nach den Normen des BGB. zu lösen[151]). Es wird daher zu prüfen sein, ob eine Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Haftung und Gefahrtragung mit den Vorschriften des BGB. in Einklang zu bringen ist.

---

[150]) so auch RG. 82/254.
[151]) so auch das RG. vgl. RGZ. 99/78.

Im Gegensatz zu dem Rechtszustand in Deutschland ist in Österreich sowohl die Frage, wer die Gefahr als auch die, wer die Haftung zu tragen hat, im Scheckgesetz klar und zweifelsfrei geregelt. Der § 20 Abs. 4 des österr. SchG. lautet:

„Der aus der Einlösung eines falschen oder verfälschten Schecks sich ergebende Schaden trifft den angeblichen Aussteller des falschen Schecks oder den Aussteller des verfälschten Schecks, insoweit diesen Personen in Ansehung der Fälschung oder Verfälschung ein Verschulden zur Last fällt oder die Fälschung oder Verfälschung von ihren bei der Gebarung mit den Schecks verwendeten Angestellten verübt wurde, sonst hat der Bezogene den Schaden zu tragen; eine abweichende Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung."

Danach hat grundsätzlich die Bank die Gefahr zu tragen; die Haftung des Ausstellers hängt von dessen Verschulden ab.

Ebenso hat nach der englischen Rechtsprechung und auch nach dem ungarischen Recht der Bezogene grundsätzlich die Gefahr zu tragen[152]).

Vor dem Erlaß des jetzt geltenden Scheckgesetzes wurde hinsichtlich der Haftungs- und Gefahrtragungsfrage die Aufnahme einer der österreichischen Bestimmung entsprechenden gefordert, weil eine Fortdauer des bisherigen ungewissen Rechtszustandes unerträglich sei[153]).

Die Aufnahme einer solchen Vorschrift wurde jedoch stark und erfolgreich bekämpft mit der Begründung, diese Frage sei nicht generell zu regeln, es müsse vielmehr ihre Beurteilung im Einzelfalle der Rechtsprechung überlassen bleiben, auch werde durch eine solche Bestimmung das Prinzip der Vertragsfreiheit durchbrochen und damit an den Grundpfeilern des geltenden Rechts gerüttelt. Wie schon erwähnt, wurde keine dahingehende Vorschrift im Scheckgesetz aufgenommen[154]).

Durch die zu untersuchende Klausel der Geschäftsbedingungen soll nun nach dem Willen der Bank

a) eine Regelung hinsichtlich der Haftung — das besagen die Worte, die Bank haftet nur für nachgewiesenes Verschulden .... — und

b) eine solche hinsichtlich der Gefahrtragung getroffen werden,

---

[152]) vgl. hierzu Messinesis Seite 25; Michaelis § 23 Anm. 15.

[153]) vgl. DJZ. 1907/1928.

[154]) vgl. hierzu Loeb Scheckges. Entw. 1902/27; Hoppenstädt Scheckgesetz Entwurf 1907/28, ferner Begründung z. Scheckges. Entw. § 23 S. 32 und ferner Riesser in BankArch. 7/139, der es begrüßt, daß die Fälschungsfrage nicht im Scheckgesetz geregelt wurde.

das ist zu folgern aus der Tatsache, das die Bank nur dann haften will, sofern ihr ein Verschulden nachgewiesen werde. Danach soll der Kunde allein den Schaden tragen, sofern dieser nur durch sein Verschulden entstanden ist. Solche Fälle sind beispielsweise dann als vorliegend zu erachten, wenn

1. der Kunde ein Scheckheft und einen Faksimilestempel nicht sorgfältig verwahrt, sodaß ein Angestellter des Kunden leicht einen Scheck ausschreiben und zur Einlösung bringen kann, ohne daß die Bank die Fälschung erkennen könnte,
2. der Kunde entgegen der durch den Scheckvertrag übernommenen Verpflichtungen einen Scheck so mangelhaft ausfüllt, daß es seinem Angestellten oder einem Dritten möglich ist, denselben nachträglich so geschickt zu verfälschen, daß die Bank auch bei größter Sorgfaltsanwendung nicht imstande ist, die Verfälschung zu erkennen.

In diesen Fällen schuldhafter Vertragsverletzung müßte der Kunde in dem zu 1. genannten Falle den Schaden aber auch dann tragen, wenn eine besondere Vereinbarung nicht getroffen wäre;

und zwar selbst dann, wenn die Bank einem mit ihr in Geschäftsverbindung stehenden Kunden ein Scheckheft übergeben hätte, ohne einen Scheckvertrag mit ihm abgeschlossen oder ohne ihn in einem solchen zu sorgfältiger Verwahrung des Scheckheftes verpflichtet zu haben, denn durch die Entgegennahme eines Scheckheftes entsteht zumindest ein vertragsähnliches Verhältnis, das den Kunden zur Beobachtung der nötigen Sorgfalt verpflichtet. Diese aber verletzt er gröblichst, wenn er das Scheckheft — das das Reichsgericht mit Recht als einen gefährlichen Gegenstand bezeichnet — nicht sorgfältig aufbewahrt[155]).

In dem zu 2. genannten Falle hingegen haftet der Kunde nur dann, wenn er vertraglich zu sorgfältiger Ausfüllung und Beachtung besonderer Schutzmaßnahmen verpflichtet war.

Hat ein Kunde es seinem Angestellten ermöglicht, den Scheck in einer der Bank nicht erkennbaren Weise von RM. 1000.— auf RM. 11 000.— zu erhöhen, so muß er — sofern die Klausel zum Vertragsbestandteil gemacht ist — den Schaden tragen und zwar deshalb, weil er die ihm obliegenden Vertragspflichten verletzt hat. —

Einen gleichen Fall hatte das ROHG. und auch das RG. — ohne daß jedoch der Kunde vertraglich zu sorgfältiger Ausfüllung des Schecks verpflichtet war — zu entscheiden. Das ROHG.[156]) vertritt den m. E. unrichtigen Standpunkt, der

---

[155]) so auch RG. in Gruch. Beitr. 54/1068; Loofs Seite 54, ZHR. 48/314.
[156]) vgl. ROHG. 23/339.

Kunde hafte alsdann aus dem Scheck überhaupt nicht mehr, da derselbe durch die Fälschung ungültig geworden sei. Richtiger Ansicht nach muß jedoch der Kunde für den ursprünglichen Betrag einstehen, weil sein Wille dahinging, sich in Höhe dieses Betrages zu verpflichten[157]).

Es könnte daher scheinen, als sei die Vereinbarung hinsichtlich der Haftung im Falle 1. überflüssig; daß dies aber nicht der Fall ist, wird noch dargelegt.

Aber auch in dem Falle ihrer Mitverursachung an der Entstehung des Schadens will die Bank diesen nur insoweit tragen, als ihr ein Verschulden — Vorsatz oder Fahrlässigkeit — nachgewiesen werde.

1. Der Kunde hat beispielsweise sein Scheckheft nicht sorgfältig verwahrt, die auf diese Weise von ihm ermöglichte fälschliche Anfertigung eines Schecks war jedoch derart schlecht, daß die Bank diese Fälschung ohne weiteres hätte erkennen müssen.
2. Durch unsorgfältige Ausfüllung eines Schecks hat der Kunde eine Verfälschung ermöglicht, die jedoch leicht erkennbar war.

In beiden Fällen beabsichtigt die Bank durch die Vereinbarung der Klausel — materiell — keine von der gesetzlichen Regelung (§ 254 BGB.) abweichende zu erreichen. (In dem Falle 2.) ist Voraussetzung jeglicher Haftung seitens des Kunden, daß er vertraglich zu sorgfältiger Ausfüllung des Schecks verpflichtet ist). Welche Bedeutung der Klausel jedoch im Falle der Mitverursachung des Schadens durch die Bank beizumessen ist, wird später dargelegt.

Von dem Falle endlich, daß die Bank allein die Schuld an der Entstehung des Schadens trägt,

— einem Kunden wird das sorgfältig aufbewahrte Scheckheft gestohlen; ehe er Kenntnis davon erlangt, wird ein gefälschter Scheck, der als solcher auf den ersten Blick zu erkennen war, von der Bank eingelöst —

ist in den Geschäftsbedingungen zwar nicht ausdrücklich die Rede, jedoch ist die Klausel in diesem Falle dahin auszulegen, daß die Bank den Schaden tragen will.

Es ist zwar der Versuch unternommen worden, der Klausel die Bedeutung beizulegen, sie enthalte eine Freizeichnung der Bank von der ihr auf Grund des Scheckvertrags obliegenden Sorgfalt bei Einlösung von Schecks. Diesem Auslegungsversuch ist das Reichsgericht mit Recht scharf entgegengetreten, denn eine Vereinbarung dieses Inhalts wäre, als gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig[158]).

---

[157]) so auch RG. in RGZ. 54/388 und BankArch. 18 Seite 103.
[158]) vgl. JW. 1914/204 und Michaelis Seite 235.

Nichtig sind daher auch ohne weiteres die Klauseln, die früher in den AGB. enthalten waren, nach denen der Kontoinhaber sämtliche durch Mißbrauch von Scheckformularen selbst ohne sein Verschulden — zu ergänzen, und sogar durch Verschulden der Bank — herbeigeführte Schäden zu tragen hätte[159]).

Endlich soll nach der Klausel der Kunde den durch Einlösung eines ge- oder verfälschten Schecks entstandenen Schaden auch dann tragen, wenn weder ihn noch die Bank ein Verschulden trifft,

— bei einem jüdischen Geschäftsmann wird beispielsweise in der Nacht vor einem Feiertage eingebrochen und mit Hilfe eines vorgefundenen Faksimilestempels ein Scheck hergestellt, den die Bank einlöst bevor der Kunde von dem Einbruch Kenntnis erlangt —

mit anderen Worten, der Kunde soll die Gefahr des Scheckverkehrs, er soll das Fälschungsrisiko tragen.

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob die Bank diesen Inhalt der Klausel zum Vertragsinhalt machen kann, d. h. ob der Inhalt der Klausel ein solcher ist, der vom Gesetzgeber der freien Parteivereinbarung überlassen und mit den geltenden Gesetzesbestimmungen in Einklang zu bringen ist; zu diesem Zwecke soll bei der Behandlung der vier möglichen Fälle von dem Rechtszustand ausgegangen werden, der bestehen würde, wenn die Bank die fragliche Klausel nicht zum Vertragsbestandteil zu machen versucht hätte.

Der Scheck ist seiner Rechtsnatur nach eine besondere Form der Anweisung[160]). Wenn er auch keine solche im Sinne des § 783 BGB. ist, so darf doch wie bei der Anweisung auch beim Scheck der Bezogene für Rechnung des Ausstellers nur soviel leisten, wie dessen Ermächtigung durch den Scheck reicht, d. h. nur solche Beträge darf er zahlen, die der Aussteller im Scheck wirklich ausgeschrieben hat.

Danach hat im Verhältnis zwischen Aussteller und Bezogenem den Schaden, welcher durch eine infolge Fälschung oder Verfälschung geleistete Zahlung entstanden ist, grundsätzlich der Bezogene zu tragen. Nur wenn und soweit die Bank von dem Kunden tatsächlich zur Zahlung angewiesen ist, vermag sie das Konto des Kunden zu belasten, denn zur Begründung der sogenannten Revalierungsklage hat der Angewiesene nicht nur darzutun, daß er der Anweisung gemäß gezahlt hat, sondern auch daß ausweislich des zwischen ihm und dem Kunden obwaltenden

---

[159]) vgl. JW. 1914/204.
[160]) so auch Jung Seite 865; Lessing S. XXXVII.

Rechtsverhältnisses eine Verpflichtung zur Schadloshaltung besteht[161]).

Michaelis[162]) vertritt nun die Ansicht, die vorliegende Klausel — nach der nicht der Bezogene sondern der Kunde die sich aus der Gefahrtragung ergebenden Schäden tragen soll — sei vom Standpunkt der Vertragsfreiheit nicht zu beanstanden; mit demselben Argument hält Loofs[163]) sie für gültig, er bezieht sich dabei auf das Reichsgericht, das die Zulässigkeit der vertraglichen Abwälzung der Gefahrtragung auf den Kunden anerkannt habe, ohne jedoch ein bestimmtes Erkenntnis des RG. anzuführen. Jaeger[164]) begnügt sich mit der Feststellung, die Vereinbarung über die Gefahrtragung sei vorbehaltlich § 276, II. BGB. gültig, ohne eine nähere Begründung seiner Ansicht zu geben. Er verkennt jedoch die wahre Sach- und Rechtslage, denn was sollte es für einen Sinn haben, im Falle der Gefahrtragung, d. h. in einem Falle, in welchem keine der Parteien ein Verschulden trifft, eine Haftung wegen einer bestimmten Art des Verschuldens auszuschließen? Mentz[165]) führt aus, das Streben der Banken nach Verbesserung ihrer Lage sei berechtigt, und die Klausel müsse, wenn irgend möglich, als gültig betrachtet werden. Krakenberger[166]) hält die Klausel für gültig, führt aber an anderer Stelle aus[167]), die Banken würden den Schaden auf Grund der Vertragsfreiheit weitergehend abwälzen, als im Interesse der Vertragsfreiheit wünschenswert sei. Tatsächlich erfolgt aber dadurch, daß dem Kunden die Gefahrtragung aufgebürdet wird, eine sehr weitgehende Schadensabwälzung seitens der Bank.

---

[161]) so auch das RG. und die durchaus herrschende Meinung; vgl. insbesondere RGZ. 92/51; 56/412; 100/60; Seuff. Arch. 35/283; Krakenberger Seite 54; Lehmann Seite 799; Hoffmann in Bank Arch. 4/135; Lessing S. 257; Planck Anm. 4 zu § 783; auch Loofs Seite 52, der die gegenteilige, unbegründete von Conrad in Bank.Arch. 8/208 vertretene Ansicht, nach der der Kunde den Schaden tragen soll, treffend widerlegt. Wie hier auch Jaeger (Seite 51), der die Schadenstragung der Bank aus dem Fehlen eines speziellen Zahlungsmandates folgert, — daß die von Jaeger vertretene Ansicht des Doppelauftrags nicht richtig ist, wurde a.a.O. dargelegt vgl. dazu auch Jung Seite 864. Vgl. ferner: Michaelis § 23 Anm. 11; JW. 1919/36; Breit in Handelsges. des Erdballs Seite 1092; KG. in BankArch. 20/347 und ferner Mentz Seite 30 und die dort. Zit. — Cohn (ZHR. 56/115) und Fick (S. 351) lassen den Bezogenen den Schaden tragen mit der Begründung, der wirtschaftlich Schwächere müsse geschützt werden; abgesehen davon, daß eine derartige Begründung nicht aus dem Gesetz hergeleitet werden kann, sind durchaus auch Fälle denkbar, in denen der Kunde — eine bedeutende A.G. — wirtschaftlich stärker als der Bezogene — eine kleine Privatbank — ist; eine unterschiedliche Behandlung ließe sich aber durch nichts rechtfertigen.

[162]) vgl. Seite 234.

[163]) vgl. Seite 52.

[164]) vgl. Seite 54.

[165]) vgl. Seite 88.

[166]) vgl. Seite 64.

[167]) vgl. Seite 62.

Die verschiedenen angeführten Ansichten gehen durchweg von einer falschen Grundlage aus.

Würde der Kunde Schecks auf beliebigem, von ihm jeweils selbst zu beschaffendem Papier ausstellen können, dann würde die Frage der Gefahrtragung bei gefälschten Schecks niemals zu erörtern sein, denn niemand würde in Zweifel ziehen können, daß die Bank den Schaden aus der Einlösung eines solchen gefälschten Schecks zu tragen hat, und die Rechtslage würde die gleiche sein hinsichtlich verfälschter Schecks[168]). Wenn nun die Banken die Kunden veranlassen, nur bestimmte von ihnen auszugebende gedruckte Formulare zu benutzen, wenn sie den Kunden Scheckhefte — die, um mit dem Reichsgericht zu sprechen, „gefährliche Gegegenstände" sind — einhändigen, so tun sie das, um sich die Arbeit zu erleichtern und gleichzeitig, um dem Scheckverkehr eine möglichst große Ausdehnung — und damit um sich eine größere Verdienstquelle — zu verschaffen; denn die von den Kunden selbst zu schreibenden Schecks würden nicht so übersichtlich sein, verschiedene Größen haben und infolgedessen den Scheckverkehr erschweren. Bringen die Banken aber Gefahrenmomente — durch Ausgabe der Scheckhefte — in den Scheckverkehr, dann ist es nur recht und billig, sie für die daraus möglicherweise entstehenden Folgen verantwortlich zu machen, und nicht dem Vertragsteil den Schaden aufzubürden, der nicht die geringste Möglichkeit hat, die Entstehung solcher Schäden zu verhindern. Durch die gedruckten Scheckformulare setzen die Banken in solchen Fällen die einzige, wenn auch geringe Ursache an der Schadensentstehung und für die aus ihrer eigenen Einrichtung entstehenden Folgen müssen sie auch aufkommen.

Wenn Loofs (S. 52) ausführt, die Scheckformulare seien von den Banken geschaffen, um Scheckfälschungen möglichst zu verhüten, so ist das durchaus richtig, denn die Banken wollen sich eben vor noch größeren möglichen Schädigungen schützen, die sie zweifelsfrei zu tragen hätten. Diese Tatsache spricht daher keinesfalls gegen die hier vertretene Ansicht.

Ganz verfehlt ist die gegenteilige Ansicht von Müller-Erzbach[169]); der dem Kunden den Schaden aufbürdet, weil er die Gefahr beherrsche. Der Kunde kann die Gefahr, die von der Bank hervorgerufen wird, eben nicht immer beherrschen, und er beherrscht sie nicht, wenn ihm das Scheckbuch bei einem Einbruch gestohlen wird — denn man kann dem Kunden nicht zumuten, sein Scheckheft stets in einem diebessicheren Gewölbe zu verwahren.

Zu dem Ergebnis, daß nur die Bank den Schaden zu tragen

---

168) so auch Cosack § 58 Seite 281; vgl. im übr. Seite 51.
169) vgl. Seite 508.

hat, sofern weder sie noch den Kunden ein Verschulden trifft, gelangt man auch aus folgendem Gesichtspunkt. Gegen die Bank — und nur gegen diese — wird durch Vorlegung eines gefälschten Schecks eine unerlaubte Handlung, ein Betrug begangen, auf Grund derer ihr ein — allerdings meist wertloser — Anspruch gemäß § 823, II. BGB. erwächst. Abgesehen davon, daß die Bank hinsichtlich dieses Anspruches keine Regelung trifft, verstößt ihr Gebaren, in unmotivierter Weise den Schaden aus einer unerlaubten Handlung auf einen Dritten abzuwälzen, gegen die guten Sitten[170]).

Die Klausel ist hinsichtlich der Gefahrtragungsregelung endlich noch aus folgendem Grunde zu beanstanden. Wie schon an anderer Stelle ausgeführt, müssen Klauseln der Geschäftsbedingungen derart klar gehalten sein, daß kein Zweifel über ihren Inhalt entstehen kann, ganz besonders ist dies aber dann erforderlich, wenn — wie hier — einschneidende Aenderungen gegenüber allgemeinen Rechtsgrundsätzen vorgenommen werden sollen. Der Laie kann jedoch bei der vorliegenden Fassung der Klausel nicht erkennen, was die Bank will. Diese müßte die Klausel etwa formulieren:

„Entgegen den gesetzlichen Bestimmungen hat der Kunde auch den Schaden zu tragen, der aus der Einlösung eines ge- oder verfälschten Schecks entstehen könnte, ohne daß ihn oder die Bank ein Verschulden träfe."

Es würde jedoch fraglich sein, ob der Scheckverkehr, der für die Banken eine gute Verdienstquelle darstellt, bei Vereinbarung einer solchen Klausel den jetzigen Umfang einnehmen würde. Zum anderen wäre aber auch eine solche Klausel als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig; denn auch der Handel ist zum Teil notwendig auf den Scheckverkehr angewiesen, und die Banken, die durch ihren Zusammenschluß eine Monopolstellung einnehmen, können nicht durch ihre übereinstimmenden Bedingungen die Kunden knebeln und ihnen Haftungen auferlegen, zu denen diese sich sonst nicht verpflichten würden.

Nach alledem ist die Klausel, soweit sie die Gefahrtragung regeln soll, nichtig[171]).

Im weiteren wird die Klausel auf ihre Wirksamkeit insoweit zu prüfen sein, als sie im Gegensatz zu der Gefahrtragung die Haftung regeln soll.

Wie auf Seite 51 ausgeführt, würde die Bank auch bei Nichtvereinbarung der Klausel den Schaden

---

[170]) so auch Messinesis Seite 64.

[171]) so auch Messinesis Seite 63 und auch wohl Breit Seite 1099, der dort ausführt, die Bank könne nur Schadensersatz fordern, wenn den Kunden ein Verschulden treffe.

a) auf den Kunden abwälzen können, sofern dieser allein die Schuld an der Schadensentstehung trägt

b) zum Teil auf den Kunden abwälzen können, sofern ihn ein Mitverschulden trifft,

c) allein zu tragen haben, sofern den Kunden keine Schuld an der Entstehung des Schadens trifft. Die Bank will somit — materiell — zwar keine vom Gesetz abweichende Regelung durch Vereinbarung der Klausel erzielen, aber der Kunde soll den Beweis für das Verschulden der Bank erbringen, die Bank will ihre eventuelle Haftung von einem Beweise des Kunden abhängig machen.

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei dieser Klausel inhaltlich um eine Vereinbarung hinsichtlich der Beweislast, um einen sogenannten Beweislastvertrag handelt, oder ob sie materiellen Inhalts ist, d. h. ob durch sie ein Recht lediglich an den Beweis bestimmter Tatsachen geknüpft wird, ob lediglich in die Einkleidung der Beweislast die materiellen Voraussetzungen eines vertragsmäßigen Rechtes festgesetzt werden. Im ersteren Falle wäre sie nichtig, im letzteren dagegen könnte sie für gültig erachtet werden[172]).

Um diese vorzunehmende Prüfung zu erleichtern, soll die Durchführung eines Anspruches seitens des Kunden und die Stellungnahme der Bank dazu kurz umrissen werden:

Der Kunde begehrt von der Bank Auszahlung seines ihm aus dem Kontokorrent nach seinen Aufzeichnungen noch zustehenden Guthabens; die Bank wendet ein, in gleicher Höhe einen Scheck eingelöst zu haben, und legt denselben im Prozesse vor; der Kunde setzt den Einwand der Fälschung — oder Verfälschung — entgegen (zulässig nach § 18, II. SchG.) und erbringt den ihm hierfür nach den Vorschriften der ZPO. (§ 416 ff.) obliegenden Beweis.

a) Ist die Klausel nun nicht vereinbart so müßte die Bank alsdann den aus dem Kontokorrentverhältnis erwachsenen Anspruch des Kunden grundsätzlich erfüllen, sie hätte jedoch die Möglichkeit, einen Ersatzanspruch gegen ihn geltend zu machen, sie könnte vorbringen, der Kunde habe die ihm obliegenden Vertragspflichten nicht erfüllt und könnte insoweit gegen den Anspruch des Kunden aufrechnen. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, daß s i e den B e w e i s für das Verschulden oder Mitverschulden des Kunden e r b r ä c h t e.

b) Ist die Klausel vereinbart, so müßte der Kunde jetzt ein Verschulden oder Mitverschulden der Bank an dem entstandenen Schaden, den diese gegen ihn geltend macht, beweisen, anders ausgedrückt, der Kunde soll

entweder

---

[172]) so auch Stein-Jonas § 282, VII; Leonhard Seite 198; RGZ. 96/59; Gruch Beitr. 31/304; Wach in Arch. Ziv. 64/218.

1. das Nichtbestehen des Ersatzanspruches der Bank beweisen, dessen Existenz bis zum Beweis des Gegenteils durch ihn als bewiesen angesehen werden soll,

oder

2. beweisen, daß der Ersatzanspruch nur teilweise begründet ist — und im Falle seines alleinigen Verschuldens würde er den Schaden zu tragen haben, ohne daß die Bank den Nachweis für sein Verschulden zu erbringen hätte.

Der Kunde soll also neben den klagebegründenden Tatsachen seines Anspruches — aus dem Kontokorrent — das Nichtbestehen eines Ersatzanspruches gegen ihn aus dem Scheckvertrag beweisen; die den angeblichen Anspruch der Bank aus der Scheckeinlösung zerstörende Einwendung der Fälschung soll allein diesen Anspruch nicht zerstören können. Der Kunde soll somit bei der Geltendmachung seines Anspruches — aus dem Kontokorrent — zugleich das Nichtbestehen eines gegen ihn zu richtenden Ersatzanspruches beweisen, der aus einem ganz anderen Rechtsverhältnis — aus dem Scheckvertrag — möglicherweise entspringen kann. Die Bank will alle Möglichkeiten ausschließen, irgendeinen Beweis erbringen zu müssen.

Um einen Vertrag materiellen Inhalts, eingekleidet in das Gewand eines Beweislastvertrages, kann es sich nun bei der untersuchten Klausel nicht handeln, denn ein solcher liegt dann vor, wenn nicht nur der Anspruch materiell begründet ist, sondern gleichzeitig ein — weiteres — anspruchbegründendes Merkmal, dessen Vorhandensein sonst zu beweisen wäre, von vornherein als vorhanden vermutet werden soll. Es wird dann vertraglich also unter den Parteien des Vorhandensein einer — allerdings widerlegbaren — Vermutung vereinbart[173]).

Wie dargelegt, betrifft die Regelung der Klausel jedoch nicht einen, sondern zwei und zwar ganz verschiedene Ansprüche; Ansprüche, die aus ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen entspringen, der des Kunden aus dem Kontokorrent, der der Bank aus dem Scheckvertrag. Und solche Ansprüche können nicht derart verflochten werden, daß das Bestehen des einen das Nichtbestehen des anderen zur Folge habe; beide Ansprüche sind und bleiben selbständige, — deren Voraussetzungen gesetzlich bestimmt sind — sie können lediglich eventuell miteinander zur Aufrechnung gebracht werden. Sonach kann nur ein versteckter Beweislastvertrag der Inhalt der Klausel sein,

— der Kunde soll das Verschulden der Bank nachweisen, eine Beweislast übernehmen, die ihm nicht obliegt —

und ein solcher ist nichtig. (Über Inhalt und Wesen der Beweislastverträge herrscht allerdings Streit).

[178]) vgl. hierzu Gruch.Beitr. 31/307 und das dort erläuterte Beispiel.

Als Gesamtergebnis ist sonach hinsichtlich der Klausel festzustellen: sie ist nichtig und zwar sowohl bezüglich der Gefahrtragungs- als auch bezüglich der Haftungsregelung[174]).

Eine weitere auf ihre Rechtswirksamkeit zu untersuchende Klausel, die heute jedoch nicht mehr in den Geschäftsbedingungen aller Banken enthalten ist[175]), lautet folgendermaßen:

„Der Kunde nimmt auch den Schaden auf sich, den die Bank durch unverschuldete Unkenntnis der auf Mängeln in der Geschäftsfähigkeit beruhenden Unwirksamkeit von Willenserklärungen des Kunden oder der in seiner Vertretung oder auf seine Veranlassung handelnden Personen erleiden sollte[176])".

Danach will die Bank also den Kunden vertraglich verpflichten, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr möglicherweise dadurch entstehen könnte, daß sie auf die Gültigkeit von Geschäften vertraut, die nach dem Gesetz unwirksam sind.

Das Gesetz bezeichnet ein Geschäft, dem die seinem Inhalt entsprechende Rechtswirksamkeit definitiv versagt ist, regelmäßig als „unwirksam", in einer Reihe bestimmter Fälle hingegen als „nichtig". Die definitive und von vornherein entschiedene „Unwirksamkeit" wird jedoch rechtlich genau wie die „Nichtigkeit" behandelt; und im folgenden soll der Einfachheit halber auch in solchen Fällen von „unwirksamen" Geschäften gesprochen werden, in denen im Gesetz von „nichtigen" Rechtsgeschäften die Rede ist.

Eine Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen des Kunden kann darauf beruhen, daß dieser

a) in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt oder
b) geschäftsunfähig ist.

Die von einem Minderjährigen,

das ist ein solcher, der das siebente Lebensjahr vollendet hat (§ 106 BGB.), oder einem solchen nach § 114 BGB. gleichgestellten, wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten,

in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, sofern dieselben ohne dessen Einwilligung abgeschlossen sind (§ 108 BGB.); sie sind

---

174) so auch Messinesis Seite 63, 64.

175) die AGB. der Dedi-Bank und der Commerz Bank enthalten die Klausel nicht mehr.

176) so die AGB. der Dresdner Bank (Nr. 19), der Dir. der Landeskreditkasse (Nr. 17).

also schwebend unwirksam. Die von einem Geschäftsunfähigen

— das ist nach § 104 BGB. ein unter sieben Jahre altes Kind, ein sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit Befindlicher — sofern dieser Zustand seiner Natur nach nicht ein vorübergehender ist — und endlich ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter —

hingegen abgegebenen Willenserklärungen sind nach § 105 BGB. schlechthin nichtig.

Infolge der Unwirksamkeit abgeschlossener Geschäfte — der Kontrahent war geschäftsunfähig oder der gesetzliche Vertreter verweigert die Genehmigung zu einem von einem Minderjährigen getätigten Rechtsgeschäft — können naturgemäß der Bank ganz erhebliche Schäden zugefügt werden,

beispielsweise dadurch, daß der Kurs der von ihr an einen Geisteskranken verkauften Effekten nachträglich erheblich fällt, oder daß der Geisteskranke die Gelder einer an ihn bewirkten Zahlung nutzlos vergeudet hat

und vor solchen möglichen Schäden will sie sich schützen. Sie will hinsichtlich ihrer Vermögenslage so gestellt sein, als wäre das fragliche von dem Geisteskranken geschlossene Geschäft ein rechtswirksames.

Der Grund dafür, daß nach dem Willen des Gesetzgebers Geschäfte Geisteskranker nichtig und die Rechtswirksamkeit der von Minderjährigen abgeschlossenen Geschäfte von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängig gemacht sind, beruht auf der Erwägung, daß diese Personen zwar tatsächlich wollen und handeln können, und daher Erklärungen abgeben könnten, daß man sie aber um deswillen schützen muß, weil sie die Folgen ihres Handelns nicht zu übersehen vermögen. Und daher müssen sie vor den Folgen der rechtlichen Verantwortlichkeit bewahrt bleiben. Daher ist es auch gleichgültig, ob die Geschäfte eines Geisteskranken für ihn lediglich vorteilhaft sind, oder ob sie ihm Nachteile bringen, in allen Fällen sind sie nichtig, und nicht nur er, sondern auch sein Vertragsgegner kann sich auf die Nichtigkeit berufen[177]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet nun bei Geisteskranken zwischen entmündigten und noch nicht entmündigten Geisteskranken. Die Willenserklärungen beider werden schlechthin für nichtig erklärt, es sei denn, daß die Willenserklärung eines nicht entmündigten Geisteskranken in einem sogenannten „lichten Augenblick" abgegeben wäre. Der Gesetzgeber trägt damit der tatsächlichen

[177]) so auch Jung Seite 570.

Sachlage insoweit Rechnung und spricht dem nicht entmündigten Geisteskranken in lichten Augenblicken partielle Geschäftsfähigkeit zu. Die Tatsache der Entmündigung wegen Geisteskrankheit macht hingegen geschäftsunfähig ohne Rücksicht darauf, ob die Geisteskrankheit wirklich bzw. noch besteht.

Der von Danz[178]) entgegen der herrschenden Meinung vertretenen Ansicht, nach der nur solche Rechtsgeschäfte Geisteskranker nichtig seien, die er bei geistiger Gesundheit nicht abgeschlossen haben würde, — nach der die herrschende Meinung dem Zweck des Rechts, dem Geisteskranken Schutz zu gewähren, nicht Rechnung trägt — kann nicht beigestimmt werden, denn sie ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar, und ein solcher Zustand würde zu einer weit größeren Unsicherheit des Rechtsverkehrs führen. Überdies beruht die Gesetzesregelung auf der Erwägung, daß ein Geisteskranker von den Folgen der Verantwortlichkeit bewahrt und seinem Willen folglich überhaupt keine Bedeutung für das Rechtsleben beigemessen werden soll[179]).

Ebenso vermag auch der Kontrahent eines Minderjährigen ein abgeschlossenes — genehmigungsbedürftiges — Rechtsgeschäft in Gemäßheit des § 109, I. BGB. zu widerrufen; nur solche Willenserklärungen kann der Minderjährige rechtswirksam abgeben, die ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil verschaffen, aber einen noch so günstigen — Effekten — Kauf kann er nicht allein tätigen, da dieser ihm neben dem wirtschaftlichen Vorteil rechtliche Verpflichtungen auferlegt, ihm also nicht lediglich einen Vorteil bringt.

Einen guten Glauben an die Geschäftsfähigkeit kennt das BGB. nicht, und die Folge davon ist, daß gutgläubige Vertragsgegner im Verkehr mit Geisteskranken erhebliche Schäden erleiden können. Diese können im Bankverkehr besonders groß sein, es liegt das aber in der Natur der von den Banken überhaupt geschlossenen Geschäfte.

Der Zentral-Verband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes hat die dargelegte gesetzliche Regelung als für das Bankgewerbe unhaltbar empfunden und in einer Eingabe an das Reichsjustizamt am 18. Mai 1905 (abgedruckt im Bank Archiv) eine Gesetzesänderung als dringend notwendig gefordert.

Weiterhin hat der IV. Allgemeine Deutsche Bankiertag in München 1912 eine Resolution gefaßt, deren Schlußsatz folgendermaßen lautet:

---

[178]) vgl. JW. 1913/1016.

[179]) so auch Enneccerus I. § 141. IV Oertmann zu § 105; RG. in Wrn. Rechtspr. 1915 Nr. 272.

„Die Billigkeit erfordert es, daß zugunsten des gutgläubigen Vertragsteiles wieder diejenige Rechtslage hergestellt werde, welche ohne den Abschluß des nichtigen Geschäftes gegeben wäre. Diesem Verlangen wird Genüge geschehen, wenn die Bestimmung des § 122 BGB. auch auf die gemäß § 105 BGB. nichtigen Willenserklärungen ausgedehnt wird. Eine entsprechende Ergänzung des § 122 BGB oder die Aufnahme einer eigenen Bestimmung in das BGB ist daher dringend erforderlich."

Die Bestrebungen der Banken, eine Besserung ihrer Rechtsstellung im Verkehr mit Geisteskranken zu erreichen, blieben jedoch ohne Erfolg, und daher war und ist es noch heute ihr Ziel, eine solche auf anderem Wege zu erlangen.

Durch Vereinbarung der Klausel will nun die Bank zwar dem Willen des geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Kunden keine Rechtswirksamkeit beilegen — die Geschäfte sollen nichtig bleiben —, aber sie will ihm die Folgen — und zwar lediglich die ihr nachteiligen — aufbürden, sie will sich die Möglichkeit einräumen lassen, ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmen zu können.

Wie bereits an anderer Stelle[180]) ausgeführt, schließt der Kunde in aller Regel durch Anerkennung der AGB. einer Bank keinen besonderen Vertrag ab, die einzelnen Klauseln bilden vielmehr nur Auslegungsfaktoren und werden erst bei Abschluß künftiger Einzelverträge Vertragsbestandteile — sofern ihre Geltung nicht ausnahmsweise ausgeschlossen wird. Nur in Ausnahmefällen können einzelne Klauseln von vornherein Verträge werden; das ist beispielsweise dann als gewollt anzusehen, wenn der Bank für Forderungen gegen den Kunden ein Pfandrecht an dessen in ihrem Besitz befindlichen oder ihr zu übergebenden Vermögensstücken erwachsen soll[181]). Es sind daher zwei verschiedene Möglichkeiten denkbar, nämlich:

1. der Kunde schließt durch Anerkennung der AGB. sofort auch zugleich einen Vertrag inhaltlich der Klausel ab,
2. die Klausel wird bei Abschluß eines jeden einzelnen Vertrages Bestandteil desselben.

Nimmt man die erstere Möglichkeit als gegeben an, so bereiten zunächst die Fälle keine Schwierigkeit, in denen der Kunde bereits bei Anerkennung der AGB. geisteskrank — bzw. beschränkt geschäftsfähig — war. So wenig wie er irgendeinen Vertrag wirksam abzuschließen vermöchte, so wenig kann er auch diesen Vertrag bindend abschließen; in solchen Fällen kann die Klausel die Rechtsstellung der Bank nicht verbessern, sie entbehrt

[180]) vgl. Seite 5.
[181]) vgl. hierzu Heilbrunn JW. 1931/2281.

jeglicher Bedeutung; — eine Bedeutung könnte sie allenfalls erlangen, wenn der geisteskranke Kunde die Klausel in einem lichten Augenblick vereinbart hätte. —

War der Kunde hingegen bei Abschluß des Vertrages, der die fragliche Klausel zum Inhalt hatte, voll geschäftsfähig — oder handelte der Geisteskranke in einem lichten Augenblick — so soll er nach Breit, der den Banken die Aufnahme der hier zu untersuchenden Klausel in den Geschäftsbedingungen empfahl[182]), durchaus in der Lage sein, sich vertraglich zur Tragung aller Schäden, die der Bank aus der Unwirksamkeit etwa später abzugebender Willenserklärungen entstehen könnten, zu verpflichten. Zur Begründung seiner Ansicht führt er aus, jedermann müsse sich ebenso vertraglich verpflichten können, den Schaden zu ersetzen, den er im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit verursachen würde, wie er sich zur Tragung irgendwelcher durch Zufall — z. B. Feuer oder Hagel — entstehender Schäden verpflichten könne[183]).

Diese Ansicht von Breit ist jedoch offenbar unrichtig und zwar aus folgenden Gesichtspunkten:

1. der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck ist der, den Geisteskranken um deswillen zu schützen, weil er die Folgen seines Handelns nicht übersehen kann. Würde sich aber der geistesgesunde Vertragsgegner verpflichten können, den Schaden zu tragen, den der andere einmal durch die infolge später etwa eintretender Geisteskrankheiten nichtigen Willenserklärungen erleiden würde, so würde die vom Gesetzgeber gewollte Nichtigkeit nicht mehr die von ihm ins Auge gefaßte Wirkung haben, der erstrebte Zweck würde vereitelt werden. Die Vorschriften über die Geschäftsunfähigkeit aber gehören zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen unserer Rechtsordnung, die zweifellos zwingenden Rechtes sind. Eine Vereinbarung der Klausel aber, die die Wirkungen zwingender Vorschriften aufheben soll, stellt sich als nichts anderes dar als eine Umgehung des gesetzlichen Gebotes und ist nichtig[184]).

2. die von der Bank beabsichtigte Regelung verstößt gegen die guten Sitten. Wie bereits ausgeführt[185]) sind die von Geisteskranken abgeschlossenen Geschäfte nichtig, und jeder Vertragsteil kann sich auf die Nichtigkeit berufen. Würde beispielsweise ein Geisteskranker ein für die Bank recht ungünstiges Geschäft abgeschlossen haben, so könnte sie sich auf die Nichtigkeit berufen und die ihr nachteiligen Folgen abwenden. Sie ist also

---

182) vgl. Bank.Arch. 11/142.
183) so im Ergebnis auch Planck, Komm. zu § 105.
184) so auch Egger Seite 715.
185) vgl. Seite 59.

wesentlich besser gestellt, als hätte sie das betreffende Geschäft mit einem Geschäftsfähigen abgeschlossen, denn in solchem Falle wäre sie an das ihr ungünstige Geschäft gebunden. Die Bank will nun aber nicht etwa — was der Billigkeit wegen zumindest gefordert werden müßte — den Vorteil dem Kunden zuwenden, der ihm sonst erwachsen wäre, sie will diesen vielmehr für sich behalten, nur etwaige Schäden, die der Bank erwachsen könnten, soll er tragen.

Ein Kunde kauft beispielsweise von der Bank 100 X. Aktien und 100 Y Aktien. Die Y Aktien steigen stark im Kurse, während die X. AG. in Konkurs fällt und diese Aktien wertlos werden. Beide Geschäfte sind nichtig. Nach dem Willen der Bank soll nun der Kunde den Schaden tragen, der der Bank aus der Nichtigkeit des Geschäftes bezüglich der X. Aktien erwächst, den Gewinn aus den wertvoller gewordenen Y Aktien will die Bank hingegen restlos für sich behalten. Ein unbilligeres Ergebnis wäre nicht denkbar; die Bank würde in übelster Weise auf dem Rücken des Geisteskranken spekulieren können.

Ein solcher Vertragsinhalt aber verstößt gegen die guten Sitten; daher ist der hinsichtlich der Klausel etwa geschlossene Vertrag nichtig, gleichgültig, ob der Kunde bei Vertragsabschluß geschäftsfähig war oder nicht.

Schließt jedoch der Kunde bei Anerkennung der AGB. einer Bank hinsichtlich der Klausel keinen besonderen Vertrag ab, und wird erst jeweils beim Abschluß des Einzelvertrages die Klausel Bestandteil desselben, dann ist das Ergebnis das folgende.

Ob die eine oder andere der beiden Möglichkeiten vorliegt, d. h. ob ein besonderer Vertrag abgeschlossen wird oder nicht, dürfte jeweils Tatfrage sein.

Würde der Kunde beim Abschluß des Einzelvertrages geisteskrank — bezw. beschränkt geschäftsfähig — sein, so würde der gesamte Vertrag und damit auch die Klausel nichtig sein, denn ein Geisteskranker kann überhaupt keine Willenserklärung wirksam abgeben. Würde der Kunde hingegen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschäftsfähig sein, so wäre die Klausel völlig überflüssig, denn das Geschäft wäre in diesem Zeitpunkt bereits wirksam zustandegekommen. Andere Möglichkeiten aber sind nicht denkbar, denn hinsichtlich des Abschlusses eines Geschäftes und der daraus erwachsenden Folgen kommt es allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an; war der Kunde in diesem Zeitpunkt geschäftsfähig, dann ist es völlig unbeachtlich, ob er später seine Geschäftsfähigkeit ganz oder teilweise einbüßt.

Somit vermag die Klausel, soll sie bei einem Vertragsabschluß Vertragsbestandteil werden, Rechtswirksamkeit nicht zu erzeugen, sie ist in solchen Fällen völlig bedeutungslos.

Die Bank will sich endlich auch insoweit schützen, als ihr Nachteile aus der Unwirksamkeit abgeschlossener Geschäfte dadurch entstehen könnten, daß der als Vertreter oder der auf Veranlassung des Kunden Handelnde nicht fähig war, die Willenserklärung rechtswirksam abzugeben.

Was zunächst den „auf Veranlassung" des Kunden Handelnden angeht, so hat man hierunter einen Boten zu verstehen, — sonst wäre der Unterschied gegenüber dem Vertreter sinnlos — der die Willenserklärung des Kunden der Bank oder die der Bank dem Kunden übermittelt. Ein Bote aber schließt überhaupt kein Geschäft ab, er richtet nur eine fremde Erklärung aus, und dazu genügt die natürliche Fähigkeit, tatsächlich handeln zu können. Geschäftsfähigkeit ist hierzu nicht erforderlich, und daher können der Bank aus der Erklärung eines auf Veranlassung des Kunden Handelnden niemals Nachteile erwachsen.

Übermittelt der Bote eine Willenserklärung unrichtig, so ist der Kunde zwar berechtigt, diese Erklärung anzufechten, er muß aber nach § 122 BGB. der Bank das negative Interesse ersetzen.

Es ist Sache des Kunden, sich einen solchen Boten auszuwählen, der seine Erklärung richtig überbringt, und die Bank kann sich auf die Richtigkeit der von diesem übermittelten Erklärung verlassen[186]).

Der Vertreter des Kunden aber kann auch nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter sein, — § 165 BGB. — um wirksam Willenserklärungen abgeben zu können. Bliebe also lediglich der Fall zu erörtern, daß der Vertreter beim Abschluß des Geschäftes geschäftsunfähig war. Die Erklärung eines Geschäftsunfähigen in fremdem Namen ist jedoch ebenso unwirksam wie seine im eigenen Namen abzugebende Erklärung.

Bei Beantwortung der Frage nun, ob die Klausel nicht insoweit Gültigkeit beanspruchen könne, als der Bankier auf die Rechtswirksamkeit der von einem — geisteskranken — Vertreter des Kunden abgegebenen Willenserklärung vertrauen will, ist von folgender Erwägung auszugehen:

a) Weiß der Kunde, daß sein Vertreter geisteskrank ist, oder muß er dies annehmen, und läßt er ihn dennoch handeln, so würde die Bank auch ohne Vereinbarung der Klausel in der Lage sein, von dem Kunden Ersatz des ihr entstandenen Schadens nach § 826 BGB zu verlangen, denn ein solches Verhalten des Kunden würde gegen die guten Sitten verstoßen. Die Klausel wäre also überflüssig.

b) Weiß der Kunde hingegen nichts von der Geisteskrankheit

[186]) vgl. hierzu Jung Seite 659; Enneccerus I. Seite 446.

seines Vertreters, so ist die Klausel um deswillen nichtig, weil grundsätzlich ein Geisteskranker nicht die Folgen seines Handelns zu übersehen vermag, und dabei ist es gleichgültig, für wen er handelt[187]).

Zusammenfassend ist daher hinsichtlich der Klausel festzustellen:

1. sie ist nichtig, weil ihr Inhalt gegen zwingende Gesetzesbestimmungen und gegen die guten Sitten verstößt,

2. soweit sie eine Regelung hinsichtlich der Erklärungen eines Boten treffen will, ist sie überflüssig, weil eine solche bereits im Gesetz getroffen ist.

In der Literatur wird vereinzelt der Standpunkt vertreten[188]), der Geisteskranke sei verpflichtet, seinem Vertragsgegner das negative Interesse zu ersetzen und zwar sei diese Verpflichtung herzuleiten aus einer analogen Anwendung der §§ 122, 179, 307 BGB; denn das Prinzip des Vertrauensinteresses habe in diesen Bestimmungen nur fragmentarisch seinen gesetzgeberischen Ausdruck gefunden. Diese Ansicht ist jedoch abwegig, denn in den in diesen Bestimmungen geregelten Fällen handelt es sich um Einzelfälle mit dem gemeinsamen Grundgedanken, daß die einem rechtserheblichen Willen entspringende Willenserklärung den Erklärenden zum Ersatz des Schadens verpflichten soll, den der Gegner im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung erleidet, wenn durch Anfechtung oder Ausbleiben einer Genehmigung ihre Gültigkeit entweder überhaupt oder gegenüber dem Vertretenen (§ 179) wegfällt. Die Rechtserheblichkeit des Willens soll die Schadensersatzpflicht erzeugen. § 307 BGB. fällt aber in diesem Zusammenhange ganz aus der Betrachtung, da die hierin begründete Haftung sich auf ein Verschulden gründet. Hätten die Verfasser des BGB. wirklich einen allgemeinen Grundsatz im Sinne Kuhlenbeck's aufstellen wollen, so wäre nicht einzusehen, warum sie diesen Grundsatz nicht ausgesprochen hätten. Die erfolgte rein kasuistische Regelung begründet diese Ansicht nicht, sie spricht vielmehr gegen dieselbe. Eine Haftung des Geisteskranken in analoger Anwendung der §§ 122, 179 BGB ist daher nicht gegeben[189]).

Schließlich wurde noch zur Erörterung gestellt, ob nicht nach Analogie des § 829 BGB eine Haftung auch für den

---

[187]) vgl. hierzu die Ausführungen auf Seite 63.
[188]) vgl. Bank.Arch. 5/285; DJZ. 1905/1142.
[189]) so auch Oertmann zu § 105; Staudinger zu § 105,3.

rechtsgeschäftlichen Verkehr des Geisteskranken in gewissem Umfange gegeben sei. Voraussetzung der Haftung aus § 829 BGB ist das Vorliegen einer der in den §§ 823—826 BGB geregelten Tatbestände.

Wenn im BGB. auf dem Gebiete der Delikte allgemein an dem Verschuldensprinzip festgehalten ist, so ist insofern im § 829 BGB eine Ausnahme gemacht[190]). Trotz der Deliktsunfähigkeit des Geisteskranken soll er aus Billigkeitserwägungen in beschränktem Umfange haften, vorausgesetzt, daß er eine Handlung begangen hat, die bei Zurechnungsfähigkeit begangen, den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen würde. Wenn aber schon bei der ausgesprochenen Beschränkung auf die in den §§ 823—826 BGB geregelten Fälle eine analoge Anwendung auf andere Delikte für unzulässig zu halten ist, so ist § 829 BGB noch weniger auf Rechtsgeschäfte mit Geisteskranken anwendbar[191]).

Alle unternommenen Versuche, den Geisteskranken zum Ersatz des Vertrauensschadens für verpflichtet zu halten, müssen nach dem geltenden Recht als gescheitert angesehen werden[193]), und daher erhoben die Banken die bereits mitgeteilte Forderung nach einer entsprechenden Gesetzesbestimmung. Wie weit diese Forderung gerechtfertigt ist, mag dahinstehen; in der Literatur wird sie teilweise anerkannt, so namentlich von Oertmann[192]).

Waren die Grenzen, die der Gesetzgeber im Bankverkehr der freien Parteivereinbarung gezogen hat, nur bei der Betrachtung einzelner Klauseln zu erkennen,

weil die generellen Gesetzesbestimmungen, die die Grenzen der Vertragsfreiheit regeln, Begriffe enthalten, die nicht für alle Fälle hinreichend und zweifelsfrei geklärt sind und weil die Geschäfte des Bankverkehrs auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruhen, das die Vereinbarung einer bei sonstigen Verträgen durchaus zulässigen Abrede schon als gegen die guten Sitten verstoßend verbieten kann,

---

190) so auch Enneccerus § 226. A. I.
191) so wohl auch das RG. vgl. RGZ. 74/145.
192) vgl. Komm. zu § 105.
193) so auch Mönch Seite 50.

und konnte die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit derselben nur nach Prüfung aller Einzelumstände festgestellt werden, so ist dennoch de lege ferenda kein anderer Rechtszustand zu empfehlen. Denn keine allgemein zu fassende Gesetzesbestimmung vermöchte die bestehenden vielen Unklarheiten zu beseitigen, weil der zu erfassende Kreis der Rechtsgebiete ein zu weiter ist. Außerdem aber würde der Wirtschaftsverkehr, der sich frei entfalten muß, durch eine sehr weit gefaßte Klausel stark beengt. Auf jedem einzelnen Rechtsgebiet des Bankverkehrs aber bestimmte Grenzen gesetzlich festzulegen — in einer besonderen Bestimmung —, wäre schon um deswillen nicht zu empfehlen, weil, wie bei der Schlußbetrachtung der Selbsteintrittsklausel angedeutet, bei veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen die Grenzen der Vertragsfreiheit bald enger, bald weiter zu ziehen sind. Es muß daher auch in Zukunft der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben, im Einzelfalle die Grenzen der Vertragsfreiheit im Bankverkehr an Hand der verschiedenen Klauseln der AGB. zu suchen und zwar unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen Gesichtspunkte.

Lebenslauf.

Als Sohn des Geschäftsdieners Heinrich Schwedes wurde ich am 4. Juni 1904 zu Kassel geboren. Nach 4jährigem Besuch der Bürgerschule I. in Kassel trat ich in die Oberrealschule I. zu Kassel ein, an der ich Ostern 1927 die Reifeprüfung bestand. Während der Zeit vom 1. November 1921—1924 und nach Ablegung der Reifeprüfung widmete ich mich dem Bankfach. Von Herbst 1927 bis Ostern 1931 studierte ich 6 Semester Jura an den Universitäten Marburg u. Göttingen und legte am 5. September 1931 meine erste juristische Staatsprüfung in Kassel ab. Am 27. Juni 1933 bestand ich mit „gut“ die mündliche Doktorprüfung.